

TRIBUNAL ARBITRAL DE

**SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL S.A. - OPAÍN S.A.**

VS

COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, este Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso.

CAPÍTULO PRIMERO - ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

Es la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. OPAÍN S.A., cuya existencia y representación legal aparece debidamente acreditada con el certificado de existencia y representación legal, que fue aportado con la demanda¹.

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la demandante, la convocante, OPAÍN, o por su razón social.

1.2. PARTE CONVOCADA

Es Comercializadora Esteban Arévalo Empresa Unipersonal, respecto de la cual también fue debidamente acreditada su existencia y representación legal², quien fue notificada del auto admisorio de la demanda, compareció al proceso y actuó dentro de este en tal calidad.

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la demandada, la convocada, CEA, o por su razón social.

2. PACTO ARBITRAL

El 27 de mayo de 2013 se celebró el Contrato de Arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0048-13 entre las partes del presente proceso, en el cual OPAÍN actuó en calidad de arrendadora y CEA como arrendataria. Dicho contrato versó sobre el Local 13 del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

¹ Folios 26 a 33 del Cuaderno Principal número 1.

² Folios 34 a 37 del Cuaderno Principal número 1.

En la misma fecha, las partes celebraron el Contrato de Arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0075-13 en las mismas calidades, pero en este caso el objeto del contrato fue el Local 32 del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2013, las partes de este proceso celebraron el Contrato de Arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0188-13, también en las mismas calidades y esta vez respecto de un área identificada como P14 – P15 Bodega del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

Dichos contratos fueron celebrados por OPAÍN en el marco del Contrato de Concesión No. 60000169 OK del 12 de septiembre de 2006 celebrado con la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil – AEROCIVIL.

En los tres contratos antes citados fueron incluidos pactos arbitrales de idéntico tenor en los siguientes términos:

“12.06. Tribunal de Arbitramento: Todas las disputas que surjan entre las partes en relación con el presente Contrato respecto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente Contrato (distinta de los relacionados con el cobro ejecutivo de la Contraprestación, las cláusulas penales y compensaciones a las que se refiere el presente Contrato, las cuales serán dirimidas por la justicia ordinaria) serán resueltas de manera definitiva por un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas:

12.06.1. La sede del tribunal de arbitramento será la ciudad de Bogotá D.C.;

12.06.2. El tribunal de arbitramento estará integrado por 3 árbitros colombianos que sesionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. El tribunal fallará en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia;

12.06.3. La parte convocante, previamente a la presentación de la solicitud de convocatoria al tribunal de arbitramento, requerirá por escrito a la Parte convocada para que en el término de 20 días calendario designen de común los árbitros. Si por cualquier razón las Partes no llegaren a un acuerdo sobre la designación de los árbitros dentro de dicho plazo, éstas manifiestan que delegan expresamente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. dicha designación que deberá realizarse de la Lista A y deberá corresponder a árbitros que hubieren laudado previamente en asuntos de derecho comercial general y en contratos de arrendamiento; y

12.06.4. El tribunal de arbitramento será institucional y se regirá por el reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

3. TRÁMITE ARBITRAL

El 26 de diciembre de 2017 OPAÍN formuló ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda en contra de la aquí demandada, para reclamar las pretensiones en ella contenidas, que obran a folios 14 y 15 del Cuaderno Principal número 1.

Las partes acordaron la suspensión de la audiencia para la designación de árbitros celebrada el 10 de enero de 2018 para agotar el procedimiento previsto en el numeral 12.06.3 de los pactos arbitrales de los citados contratos para la designación de árbitros. Como resultado de lo anterior, los árbitros fueron escogidos de mutuo acuerdo como aparece en el acta de la reunión de designación³; en consecuencia,

³ Folio 57 del Cuaderno Principal número 1.

el Tribunal fue debidamente integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y en el Pacto Arbitral.

La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el 13 de marzo de 2018⁴, en la cual se designó como Presidente a Roberto Aguilar Díaz y como Secretaria a Mónica Rugeles Martínez, se reconoció personería a los apoderados de las partes y se inadmitió la demanda.

Posteriormente, considerando el escrito de subsanación, la demanda fue admitida y se ordenó la notificación y el traslado en los términos de ley⁵.

Surtido el correspondiente trámite de notificación y traslado de la demanda⁶, CEA le dio respuesta y formuló excepciones de mérito⁷, de lo cual se corrió el traslado correspondiente⁸, con pronunciamiento oportuno de la parte demandante, quien pidió pruebas adicionales⁹.

Posteriormente, en audiencia del 4 de julio de 2018, previa manifestación de las partes de no tener ánimo conciliatorio, se fijaron los honorarios y gastos de este proceso¹⁰.

El 23 de agosto de 2018¹¹, considerando que la demandante hizo el pago íntegro de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal en los términos legales,¹² se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual se declaró la competencia del Tribunal para conocer y decidir la controversia, decisión que no fue objeto de recurso por las partes. Posteriormente, el Tribunal decretó las siguientes pruebas:

- Los documentos aportados por la parte demandante con su escrito de demanda y con el cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito¹³. Igualmente, los documentos que fueron aportados por CEA con la contestación de la demanda¹⁴. También aquellos que ambas partes aportaron¹⁵ en cumplimiento de la orden que el Tribunal impartió mediante auto 11 del 17 de septiembre de 2018¹⁶.
- El testimonio, decretado a instancia de parte, de Carlos Fernando Duarte¹⁷ y los interrogatorios y declaraciones de parte de los representantes legales de OPAÍN¹⁸ y de CEA¹⁹, practicadas a instancia de su contraparte.
- Las demás pruebas testimoniales que fueron solicitadas por OPAÍN y decretadas por el Tribunal en dicha primera audiencia de trámite fueron desistidas²⁰ y por ello no se practicaron²¹.

Terminada la etapa probatoria se decretó su cierre y se fijó la oportunidad para los alegatos de

⁴ Folios 103 a 107 del Cuaderno Principal número 1.

⁵ Acta número 2 del diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018), folios 118 a 119 del Cuaderno Principal número 1.

⁶ Folios 121 a 124 del Cuaderno Principal número 1.

⁷ Folios 125 a 167 del Cuaderno Principal número 1.

⁸ Acta número 3 del veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), folios 168 a 170 del Cuaderno Principal número 1.

⁹ Folios 174 a 240 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁰ Folios 241 a 244 del Cuaderno Principal número 1.

¹¹ Acta número 5, folios 245 a 253 del Cuaderno Principal número 1.

¹² Informe del Presidente del Acta número 5, folios 245 a 253 del Cuaderno Principal número 1.

¹³ Cuaderno de Pruebas número 1, folios 1 a 573 y 603 a 621.

¹⁴ Folios 575 a 602 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁵ Folios 622 a 659 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁶ Acta 6, folios 261 a 267 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁷ Acta 6, folios 261 a 267 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁸ Acta 6, folios 261 a 267 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁹ Acta 6, folios 261 a 267 del Cuaderno Principal número 1.

²⁰ Folio 255 del Cuaderno Principal número 1.

²¹ Auto 10 del 17 de septiembre de 2018, Acta 6, folios 261 a 267 del Cuaderno Principal número 1.

conclusión²².

Los apoderados de las partes, en audiencia del 19 de noviembre de 2018²³, expusieron sus alegatos, de manera oral y presentaron los correspondientes escritos²⁴.

El Tribunal señaló la presente fecha y hora para la audiencia de fallo²⁵.

4. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso es de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*” e “*interrupción por causas legales*”. La primera audiencia de trámite culminó el 23 de agosto de 2018 -Acta número 5²⁶-, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones del proceso:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	Días
Acta No. 6, Auto 11 del 17 de septiembre de 2018	Del 18 de septiembre al 2 de octubre de 2018	15
Acta No. 9, Auto 14 del 17 de diciembre de 2018	Del 20 de diciembre al 11 de enero de 2018	22
TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN		37

Terminada la primera audiencia de trámite el 23 de agosto de 2018, suspendido el proceso durante treinta y siete (37) días por solicitud de las partes, los cuales se adicionan al término inicial, el plazo legal vence el 31 de marzo de 2019 y, por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

5. LA DEMANDA

Como pretensiones de la demanda fueron planteadas las siguientes:

PRETENSIÓN PRINCIPAL (1°): Se **declaren terminados** los contratos de arrendamiento **i) OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, ii) OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 y iii) OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013** celebrados entre **COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL** en calidad de ARRENDATARIA y la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAÍN S.A.** en calidad de ARRENDADORA, sobre los inmuebles del “Aeropuerto Internacional El Dorado” de la ciudad de Bogotá D.C. identificados a continuación:

- a) Local 13** ubicado en la Nueva Terminal de Pasajeros T1+T2 Adosada - Nivel 8.70- Hall Público.
- b) Local 32** ubicado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada - Nivel + 8.70- Hall Público.
- c) P 14 – P 15 Bodega** ubicado en Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada, Nivel + 0.00.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (2°): Se declare **la nulidad absoluta sobreviniente** de los

²² Acta 7, Auto 13 del 29 de octubre de 2018, folios 272 a 274 del Cuaderno Principal número 1.

²³ Acta 8, folios 275 a 276 del Cuaderno Principal número 1.

²⁴ Folios 280 a 311 y 316 a 354 del Cuaderno Principal número 1.

²⁵ Auto número 15 del 18 de febrero de 2019, folios 358 a 359 del Cuaderno Principal número 1.

²⁶ Cuaderno Principal número 1, folios 245 a 253.

aportes de las cláusulas “**3.02. PLAZO**” de los contratos **i)** OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, **ii)** OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 **y iii)** OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013, en las que se dispuso, **la prórroga automática del contrato de arrendamiento**, por adolecer de objeto ilícito, en razón a las jurisprudencias que sobre el tema proferieron los jueces de la República.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (3°): Se declare que la terminación de los contratos de arrendamiento **i)** OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, **ii)** OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 **y iii)** OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013, obedece a las siguientes **causales**:

- a)** Al vencimiento del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.
- b)** Al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ARRENDATARIA de constituir pólizas.
- c)** Al incumplimiento de otras obligaciones contractuales o legales por parte de la ARRENDATARIA **COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL** que se prueben durante el transcurso del proceso.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (4°): Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada **COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL** a **la restitución** de los bienes arrendados bajo los contratos de arrendamiento **i)** OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, **ii)** OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 **y iii)** OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013, esto es de los predios identificados a continuación del “Aeropuerto Internacional El Dorado” de la ciudad de Bogotá D.C. así como los inmuebles por accesión, adhesión, construcciones, edificaciones y mejoras que en ellos se encuentre:

- a)** **Local 13** ubicado en la Nueva Terminal de Pasajeros T1+T2 Adosada - Nivel 8.70- Hall Público.
- b)** **Local 32** ubicado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada - Nivel + 8.70- Hall Público.
- c)** **P 14 – P 15 Bodega** ubicado en Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada, Nivel + 0.00.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (7°): Se ordene la práctica de la **diligencia de entrega** de los inmuebles arrendados a favor de SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. - OPAÍN S.A. de conformidad con el **ARTÍCULO 308 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (8°): Se condene a los demandados a pagar al demandante por concepto de **honorarios de abogado y gastos de defensa**, una suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) de las pretensiones de esta convocatoria.

PRETENSIÓN PRINCIPAL (9°): Se condene al demandado a pagar al demandante por concepto de **costas del proceso y agencias en derecho, así como al pago de los costos y gastos del Tribunal**, que se determinen en el presente caso.

Las pretensiones 5ª y 6ª fueron suprimidas con la subsanación de la demanda para atender los motivos de inadmisión plasmados en el Auto No. 2 del 13 de marzo de 2018.

En síntesis, los hechos en que la demandante soportó sus pretensiones, son los siguientes²⁷:

La demandante se refirió a la celebración de los contratos de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0048-13

²⁷ Folios 1 a 13 del Cuaderno Principal número 1.

del 27 de mayo de 2013, OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 y OP-DC-CA-T1-00188-13 del 4 de diciembre de 2013, así como a sus principales características, el bien o área sobre el cual versaban, su destinación y canon vigente.

Posteriormente, aludió a la existencia del Contrato de concesión No. 6000169 OK *“para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”* celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y la demandante y a que parte de los ingresos que dicha parte recibe corresponden a la entidad estatal mencionada, entre ellos, los recibidos por los cánones de arrendamiento derivados de los contratos celebrados con CEA.

Alegó también que CEA no constituyó las pólizas reguladas en las cláusulas 8 y 9 de los citados contratos de arrendamiento, lo que constituye causal de terminación anticipada, al tenor de lo dispuesto en la cláusula 10 de los mismos.

Señaló, además, que en tales contratos se pactó la obligación de restitución por el mero vencimiento del plazo, –cláusulas 3 y 11– y agregó que para los contratos OP-DC-CA-T1-0075-13 y OP-DC-CA-T1-00188-13 en la cláusula de plazo se indicó que el mismo se prorrogaría automáticamente, *“de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio, salvo que las Partes de común acuerdo manifiesten su intención de no prorrogarlo lo cual deberá constar por escrito”*, pero sostuvo que tal disposición se tornó ilegal con ocasión de fallos judiciales que citó posteriormente.

Según OPAÍN, los bienes arrendados son de naturaleza pública, *“concretamente bienes públicos de naturaleza fiscal y hace parte de ‘El Aeropuerto Internacional El Dorado’”*, según fallos judiciales de los cuales hizo cita y que, por esta causa, no existe prórroga automática, ni la tácita reconducción del contrato de arrendamiento contemplada en el artículo 2014 del Código Civil, ni el derecho de renovación previsto en el artículo 518 del Código de Comercio. Sobre esto también hizo alusión a fallos judiciales y concluyó que esas consecuencias son aplicables a los contratos sobre los cuales versa la demanda, por lo que procede la restitución inmediata de las áreas arrendadas.

Además planteó que, como esa imposibilidad legal solo fue conocida por OPAÍN con posterioridad a la suscripción de los contratos de arrendamiento varias veces citados, lo pactado sobre prórroga automática en la cláusula 3.02 *“adolece de nulidad absoluta sobreviniente por objeto ilícito”*.

También relató que OPAÍN, por medio de comunicación del 12 de junio de 2014, propuso a CEA modificar el contrato OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, para ampliar el término de duración y modificar la forma de remuneración a partir del vencimiento del plazo original. Y puso de presente que posteriormente, aquella dio aviso de desahucio a la arrendataria y le notificó su decisión de no continuar prorrogando los contratos pero que CEA manifestó su oposición por considerar la posición de la arrendadora contraria a lo estipulado en los contratos.

6. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Al contestar la demanda²⁸, CEA se pronunció sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, con oposición radical a lo allí indicado o reclamado. Igualmente se opuso al juramento estimatorio de la demanda.

Dentro de la contestación a los hechos CEA destaca que la arrendataria cumplió cabalmente con la constitución de las pólizas de seguro y que jamás recibió reparo al respecto; que la jurisprudencia citada en la demanda no vincula a la demandada; que los contratos de arrendamiento celebrados

²⁸ Folios 125 a 165 del Cuaderno Principal número 1.

entre OPAÍN y CEA no son estatales, sino que se rigen por normas de orden público de derecho privado; que la jurisprudencia invocada no fue sobreviniente; y que, en fin, no procedía el desahucio.

Como excepciones de mérito o de fondo propuso las siguientes:

“EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA DE LOS PRECEDENTES

1. *Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual.*

EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA DE LA CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA SOBREVINIENTE

2. *La posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la no aplicación de la prórroga automática de los contratos estatales de arrendamiento es anterior a la firma de los 3 contratos que nos ocupan en este Tribunal y por tanto no es de recibo la afirmación de OPAÍN de que estamos frente a una nulidad absoluta por una causal sobreviniente.*

3. *Rigurosidad en el análisis del precedente jurisprudencial frente a dejar sin efectos normas imperativas de orden público.*

EXCEPCIONES FRENTE A LA TEORIA DE QUE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL OPERAN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y NO EN EL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE PARTICULARES

4. *El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, de gestión de los bienes del estado y del servicio público se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y OPAÍN y no en el contrato de arrendamiento entre OPAÍN y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión.*

EXCEPCIONES FRENTE A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

5. *Es la voluntad de las partes celebrar un contrato de arrendamiento regido por las normas del derecho privado con la expresa manifestación de la prórroga automática.*

EXCEPCIONES FRENTE AL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE TODAS LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES POR PARTE DE LA CONVOCADA.

6. *La convocada ha cumplido con la obligación contractual de constituir las pólizas de seguros de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual tal y como lo ordenan los contratos.*

7. *La sociedad convocada no ha incumplido otras obligaciones contractuales ni legales.*

8. *Inexistencia de la obligación de restituir los bienes inmueble objeto de los contratos de arrendamiento por encontrarse actualmente vigentes cada uno de los 3 contratos de arrendamiento.*

EXCEPCIONES FRENTE AL COMPORTAMIENTO DE OPAIN ANTES Y DURANTE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO.

9. *Venire contra factum proprium non valet. Es inadmisibles actuar contra los actos propios.*

10. *Los contratos celebrados entre OPAIN y la sociedad convocada están válidamente celebrados y son vinculantes.*

11. *Violación al debido proceso y al derecho de defensa.*

12. *Mala fe, temeridad y abuso del derecho por parte de OPAIN.*

EXCEPCION GENÉRICA"

CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES

1. EL OBJETO DEL PROCESO

Considerada la demanda en todo su contexto, advierte el Tribunal que OPAIN pretende se declaren terminados los contratos de arrendamiento OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 y OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013 celebrados con CEA, con fundamento en distintos hechos y causales, algunas de las cuales se advierten concurrentes, así como la condena a la restitución de la tenencia de los bienes arrendados.

Estos contratos versan sobre los locales 13 y 32 y la bodega P 14-P15 que se encuentran ubicados en el nuevo edificio del Aeropuerto Internacional El Dorado y hacen parte del área concesionada a la demandante por parte de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (AEROCIVIL) mediante el Contrato de Concesión número 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, para su administración, modernización y expansión, operación, explotación comercial y mantenimiento²⁹.

Los bienes dados en arrendamiento fueron los siguientes:

- Contrato de arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0048-13 (Folios 2, s.s. del cuaderno de pruebas No. 1): se refiere al inmueble identificado en plano que obra a folio 37 del mismo cuaderno y corresponde al local 13, TIME SQUARE, localizado en la Nueva Terminal de Pasajeros T1+T2

²⁹ Mediante el Decreto Ley 4164 del 3 de noviembre de 2011 se asignaron al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5o, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de los aeródromos –lado aire y lado tierra–, definidas éstas de acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, quedando a salvo las funciones relacionadas con el ejercicio de la Autoridad Aeronáutica, Aeroportuaria y de la Aviación Civil que siguieron siendo de competencia de la AEROCIVIL.

A su vez, mediante el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2012, se cambió la naturaleza jurídica del INCO, de manera que los derechos y obligaciones que dicha entidad tenía continuaron a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

En virtud de lo anterior el referido contrato de concesión debe entenderse actualmente vigente entre la ANI y OPAIN.

Adosada-Nivel 8-70-Hall Público, destinación “cualquier actividad lícita o comercial lícita”. Respecto de este inmueble se lee en el considerando 2.01.5:

Bajo la observancia de las disposiciones del Código de Comercio y el Apéndice F del Contrato de Concesión, OPAÍN ofreció al ARRENDATARIO un espacio comercial en la Terminal 1 de Pasajeros/Nueva Terminal Fase II con una cantidad de área equivalente a la que tenía mediante el contrato de arrendamiento No. BO-AR-031-06 y en reconocimiento a los derechos de antigüedad del Arrendatario en virtud de dicho contrato de arrendamiento.

- Contrato de arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0075-13 (Folios 39, s.s. del cuaderno de pruebas No. 1), se refiere al inmueble identificado a través de plano que obra a folio 74 del mismo cuaderno y corresponde al local 32 TOTTO localizado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada, Nivel +8.70, Hall Público, destinación local comercial. Respecto de este inmueble se lee en el considerando 2.01.5:

Bajo la observancia de las disposiciones del Código de Comercio y el Apéndice F del Contrato de Concesión, OPAÍN ofreció al ARRENDATARIO un espacio comercial en la Terminal 1 de Pasajeros/Nueva Terminal Fase II con una cantidad de área equivalente a la que tenía mediante el contrato de arrendamiento No. BO-AR-081-05 y en reconocimiento a los derechos de antigüedad del Arrendatario en virtud de dicho contrato de arrendamiento.

- Contrato de arrendamiento No. PO-DC-CA-T1-0188-13 (Folios 76 y s.s. del cuaderno de pruebas No. 1), se refiere al inmueble identificado a través de plano que obra a folio 110 del mismo cuaderno y corresponde al local P14-15 localizado en el Nuevo Edificio Terminal T1+T2 Adosada, Nivel +0.00, destinación bodega. Respecto de este inmueble se lee en el considerando 2.01.5:

Bajo la observancia de las disposiciones del Código de Comercio y el Apéndice F del Contrato de Concesión, OPAÍN ofreció al ARRENDATARIO un espacio de bodega en la Nueva Terminal Fase II con una cantidad de área equivalente a la que tenía mediante el contrato de arrendamiento No. BO-AR-031-06 y en reconocimiento a los derechos de antigüedad del Arrendatario en virtud de dicho contrato de arrendamiento.

En la cláusula 3.02 de los mencionados contratos de arrendamiento se pactaron los plazos de duración correspondientes y se convino que cada uno de ellos “*se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio, salvo que las Partes de común acuerdo manifiesten su intención de no prorrogarlo lo cual deberá constar por escrito*”.

Sostiene OPAÍN que el citado aparte de la cláusula 3.02 de los contratos se tornó ilegal por causa la jurisprudencia que se profirió con posterioridad a su celebración, en virtud de la cual se desprende la inaplicabilidad de la prórroga automática a los contratos de arrendamiento sobre bienes fiscales, por lo cual pide se declare su nulidad absoluta.

Señala que los inmuebles arrendados son bienes públicos de naturaleza fiscal y que esa condición hace que no sea viable aplicar la estipulación sobre la prórroga automática, la tácita reconducción ni el derecho de renovación automática en los contratos de arrendamiento, como lo ha establecido la jurisprudencia, de manera que, siendo ello así, el plazo de los arrendamientos se encuentra vencido.

Finalmente, OPAÍN solicita se declare la terminación de los contratos de arrendamiento por el incumplimiento de CEA de su obligación de constituir las pólizas a que está obligado y por el incumplimiento “*de otras obligaciones contractuales y legales*”.

Como se ve, la demanda parte de la consideración sobre la naturaleza jurídica de los bienes arrendados como bienes fiscales. Al respecto, sin perjuicio de lo expuesto más adelante, ha de ponerse de presente que el inciso tercero del artículo 674 del Código Civil establece que los bienes

fiscales son los bienes de la Unión, esto es, aquéllos cuyo dominio pertenece a la República, cuyo uso “no pertenece generalmente a los habitantes”, por oposición a los bienes de uso público o bienes públicos, que son aquellos cuyo uso “pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos”. Luis Guillermo Velásquez Jaramillo³⁰ señala que los bienes fiscales son “aquellos que tiene el Estado, por medio de sus entes territoriales, con semejante tratamiento al de la propiedad privada o particular” cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. Por su parte, Jaime Arteaga Carvajal los definía como “todos los bienes de propiedad de la Nación que no están adscritos a un servicio público pero que forman parte del patrimonio estatal por haberlos adquirido desde la constitución de la nacionalidad colombiana y no han salido de su poder ni pasado al de un particular, como las minas y, en general, el subsuelo, los baldíos, los ríos, los depósitos naturales de abonos, etc. y aquellos que con el tiempo han adquirido la Nación, los departamentos, los municipios y las demás entidades de derecho público y han destinado a su uso y organización de los servicios a su cargo”³¹.

Como se advierte, OPAÍN pretende que el Tribunal declare que los contratos de arrendamiento que versan sobre los bienes mencionados se encuentran terminados por alguna de las siguientes causales: a) por el vencimiento del plazo pactado, lo cual supone que el Tribunal (i) declare que la cláusula 3.02, que consagra la prórroga automática, es absolutamente nula de manera sobreviniente o (ii) que declare que no resulta aplicable; b) por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la arrendataria de constituir las pólizas allí convenidas; c) por el incumplimiento “de otras obligaciones contractuales y legales”.

En estas condiciones el Tribunal deberá, en primer término, determinar si la citada cláusula 3.02, que consagra la prórroga automática es absolutamente nula y, simultáneamente, deberá indagar si la jurisprudencia invocada constituye precedente judicial.

De no encontrar demostrada la alegada nulidad absoluta ni el precedente judicial invocado, en segundo lugar debe el Tribunal definir si la naturaleza de bienes fiscales de los inmuebles arrendados por un particular concesionario a otro particular, en el marco de un contrato de concesión, permite o no convenir la prórroga automática de los contratos de arrendamiento y, como consecuencia, resolver si los plazos de los arrendamientos se encuentran vencidos.

Finalmente, debe el Tribunal precisar si se encuentran demostrados los incumplimientos que le han sido imputados a CEA por parte de OPAÍN y, de encontrarlos demostrados, definir si dan lugar o no a la terminación de los referidos contratos de arrendamiento.

2. LA ALEGADA NULIDAD ABSOLUTA PARCIAL DE LOS CONTRATOS

En la Segunda Pretensión de la demanda OPAÍN, solicita al Tribunal que “Se declare **la nulidad absoluta sobreviniente** de los apartes de las cláusulas “**3.02. PLAZO**” de los contratos **i) OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, ii) OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013 y iii) OP-DC-CA-T1-0188-13 del 4 de diciembre de 2013, en las que se dispuso, la prórroga automática del contrato de arrendamiento, por adolecer de objeto ilícito, en razón a las jurisprudencias que sobre el tema profirieron los jueces de la República**”.

En el acápite correspondiente a los Hechos de la demanda, la convocante presenta al Tribunal algunas providencias judiciales que constituirían, más bien, los fundamentos de derecho, de la pretendida “nulidad absoluta sobreviniente” (Hechos Vigésimosegundo a Vigésimocuarto) y de la *fuerza obligatoria* del precedente judicial.

³⁰ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes, editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 81.

³¹ Arteaga Carvajal, Jaime. De los Bienes y su dominio, Biblioteca Jurídica Dike, 1a edición, Bogotá, 1994, p. 81

La convocada, en su escrito de contestación de la demanda, sostiene que los fallos judiciales traídos a colación en la demanda no sólo no constituyen ningún hecho, sino que, además, se circunscriben a la hipótesis de contratos estatales de arrendamiento (arts. 1, 2, 14, 24, 32 L. 80/1993) y, por consiguiente, en su entender, los planteamientos allí contenidos no le son aplicables a los contratos objeto de las controversias puestas en conocimiento del Tribunal Arbitral, los cuales fueron celebrados entre dos empresas privadas y cuyas desavenencias no fueron dirimidas por las sentencias invocadas por la convocante.

Es importante precisar que la mencionada pretensión está encaminada a que el Tribunal declare la nulidad parcial -o, más bien, tenga por *no escrito*³²- de lo dispuesto por las partes en las cláusulas 3.02 de los Contratos que, al tenor, rezan:

“3.02. Plazo: El Contrato estará vigente desde la fecha de su suscripción hasta el vencimiento del Mes...³³ contado a partir de la fecha del Acta de Inicio de la Explotación Comercial. El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio, salvo que las Partes de común acuerdo manifiesten su intención de no prorrogarlo lo cual deberá constar por escrito”.

OPAÍN sostiene que estas disposiciones incluidas por las partes en los Contratos estarían afectadas de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos establecidos en el Código de Comercio (art. 899 num. 2 C.Co.) y el Código Civil (art. 1741 C.C.):

Art. 1519 C.C. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

Art. 1523 C.C. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Así las cosas, la nulidad alegada por OPAÍN derivaría del hecho de que las mencionadas cláusulas “3.02. Plazo” irían en contra de lo, supuestamente, dispuesto por las providencias judiciales traídas a colación y entendidas como *ley en sentido material*³⁴.

Ahora bien, la convocante misma califica esta nulidad como “sobreviniente” y, en la demanda, sostiene: *“Sin embargo, la mencionada cláusula se tornó ilegal en razón a las jurisprudencias que sobre el punto se profririeron con posterioridad, tal y como se explicará en detalle más adelante”.*

Para resolver lo solicitado en la denominada Segunda Pretensión Principal, es menester analizar la ley aplicable a los Contratos (I) antes de estudiar si las providencias judiciales invocadas por OPAÍN

³² “Históricamente concebido como un mecanismo que permite la conservación de un acto amputado de pleno derecho de algunas de sus disposiciones, la sanción que consiste en considerar una cláusula como no escrita continúa, hoy en día, cumpliendo la misma función: garantiza la conservación de un contrato, purgado de sus irregularidades y, si es necesario, corregido. [...] Mecanismo objetivo, el considerar una cláusula como no escrita permite conservar el contrato, independientemente de la importancia que las partes le hubieran otorgado a la cláusula en cuestión. Así las cosas, no puede confundirse con la nulidad parcial, cuyo impacto depende de la aplicación de un criterio subjetivo. Mecanismo automático, que opera de pleno derecho, el considerar una cláusula como no escrita garantiza, de entrada, la conservación de un contrato conforme a las exigencias de la legalidad. A tal título, debe distinguirse de la nulidad, en general, la cual sólo existe cuando es declarada judicialmente”. Gaudemet, Sophie. La clause réputée non écrite. Ed. Économica, Paris, 2006, p. 303.

³³ Este plazo varía según cada contrato de arrendamiento: Contrato No. OP-DC-CA-T1-0048-13, diez (10) meses; contrato No. OP-DC-CA-T1-0075-13, cinco (5) meses y contrato NO. OP-DC-CA-T1-0188-13, cinco (5).

³⁴ Por ley en sentido material, debemos entender “[...] cualquier acto o documento que, independientemente del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, exprese (o ‘contenga’) normas generales y abstractas”. Guastini, Riccardo. “Ley”. In Estudios de teoría constitucional. Ed. Fontamara, México, 2003, p. 113.

pueden considerarse como referente normativo que sirva de fundamento para la alegada nulidad absoluta (II).

Sobre el primer aspecto planteado encuentra el Tribunal que los Contratos objeto de las desavenencias entre las partes fueron suscritos por OPAÍN y CEA el 27 de mayo y el 4 de diciembre de 2013, como resultado de una negociación³⁵, para reglamentar una relación comercial que la convocada tenía, de vieja data, con la AEROCIVIL³⁶ en un contexto por completo ajeno al contrato de concesión número 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006.

El derecho colombiano, respecto de la ley aplicable a los contratos, resulta muy claro. En efecto, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”*³⁷. Además, el artículo 18 de la misma ley 153 establece que tendrán un efecto general inmediato *“Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior...”*.

Así las cosas, la regla general es que los contratos están regidos por la ley vigente al tiempo de su celebración y se excluye la aplicación de leyes posteriores, salvo por razones de orden público y, en principio, cuando el legislador así lo disponga -y reglamente- expresamente. En efecto, el contrato es

³⁵ Interrogatorio de parte del señor Esteban Arévalo Rodríguez:

“DR. GONZÁLEZ: Pregunta No. 8. ¿Diga cómo es cierto sí o no, que los contratos de los tres inmuebles objeto de este litigio nacieron como consecuencia de una negociación entre usted y Opaín en sendas audiencias de conciliación en la Cámara de Comercio?

SR. ARÉVALO: Sí, pero estas audiencias que tuvimos de conciliación eran porque veníamos del antiguo Aeropuerto, fuimos en ese momento a la Cámara de Comercio de la 26 al Centro de Arbitramento, allá nos sentamos y fue que hicimos el nuevo contrato y pasamos y ya pasamos a un nuevo edificio donde se dio y se planteó el nuevo contrato con Opaín, pero en su momento nosotros firmamos ese contrato... un poquito largo que nos quitaron la luz a las 9 de la noche, pero sí firmamos un contrato entre ellos y en su momento fue una negociación no tanto que Opaín no llevó allá, sino de lo que recuerdo que el contrato de concesión de la Aeronáutica Civil con Opaín, la Aeronáutica Civil en uno de sus artículos decía que nos tenían que respetar a los antiguos prácticamente, respetando los derechos adquiridos que nosotros habíamos adquirido en su momento con la Aeronáutica Civil”.

³⁶ Interrogatorio de parte del señor Esteban Arévalo Rodríguez:

“DR. GONZÁLEZ: Infórmele al despacho si de acuerdo a su anterior respuesta si esos contratos llamémoslos viejos que usted tenía con la AEROCIVIL contemplaban ese derecho de prórroga automática sobre los arrendamientos, si eso estaba pactado en esos contratos.

SR. ARÉVALO: Para nosotros cuando nos sentamos en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio fue un contrato completamente nuevo donde ellos se sentaban, fue una negociación de un contrato totalmente porque ese era el requisito para que nosotros nos pasáramos al nuevo Aeropuerto, si no firmábamos o no hacíamos ese contrato no sé si de llegar o no llegar quedábamos por fuera del Aeropuerto y aún la presión en ese momento de Opaín era firme ya el contrato o se queda sin locales, tanto así que con un comercial que hubo en ese momento que me dijo mi local está muy bien ubicado, me están dando un local muy escondido, le dije que pena pero la ley dice una cosa y usted me está diciendo otra cosa de lo que dice la ley, o sea el afán es de que usted firme o si no se queda por fuera.

Digamos lo que nosotros tenemos con la Aeronáutica Civil es un contacto demasiado sencillo, contrato que ya lleva firmado unos 15 años más o menos, no unos 12 años y hay una cesión de ese contrato a Opaín porque cuando Opaín cogió el Aeropuerto todavía estaba el Aeropuerto Internacional Eldorado, apenas llegó Opaín lo primero que hicieron fue invitarnos a una reunión y en esa reunión fue como algo demasiado contraproducente para los comerciantes y es hasta acá terminamos su contrato... qué causal he hecho yo para que ustedes no me renueven? [...]”.

³⁷ La palabra “sanción” sirve para designar tanto la consecuencia jurídica establecida por una norma (art. 6 C.C.) como punición, castigo por el incumplimiento de una obligación (arts. 6, 7 C.C.) y es en esta segunda acepción que el legislador se sirve de la palabra en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Art. 5 C.C.: “Pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas”.

Art. 6 C.C.: “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. [...]”.

Art. 7 C.C.: “La sanción constitucional que el poder ejecutivo de la unión da a los proyectos acordados por el Congreso, para elevarlos a la categoría de leyes, es cosa distinta de la sanción legal de que habla el artículo anterior”.

una obra de previsión y las partes, para calcular los riesgos y costos de la operación económica, parten del supuesto de las normas vigentes al tiempo de su celebración. Las vicisitudes normativas futuras, en principio, no deben afectar las relaciones contractuales anteriores, establecidas válidamente y en cumplimiento de las reglas, en ese entonces, vigentes. Esto es un postulado fundamental de *seguridad jurídica*:

“Los sujetos de derecho deben, en primer lugar, estar en posición de conocer y comprender el derecho aplicable para así actuar con certeza; en segundo lugar, el derecho debe respetar las previsiones jurídicas que han hecho los sujetos de derecho, no debe desbaratar las precauciones que han tomado y, en tercer lugar, un derecho inestable amenaza con arruinar las expectativas de los sujetos de derecho y, en últimas, su confianza misma en el sistema”³⁸.

En este mismo orden de ideas, la Constitución Política consagró expresamente la irretroactividad de las leyes tributarias (art. 363 C.P.) y la Corte Constitucional, acertadamente, ha precisado, de forma general, que la retroactividad de las normas tiene carácter excepcional y debe estar expresamente prevista en el ordenamiento:

“Al referirse a los efectos de la ley en el tiempo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-329 de 2001 señaló que en principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley. Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir –no tienen efectos retroactivos-, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia –no tienen efecto ultraactivo-.

La retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento”³⁹.

Ahora bien, OPAÍN en su demanda, en el memorial en el cual se pronuncia respecto de las excepciones y en sus alegatos de conclusión fundamenta su solicitud en el hecho de que las providencias judiciales que sustentan su argumentación constituyen un *precedente obligatorio*.

Por ello, en cuanto al segundo tópico planteado, esto es, el estudio sobre si las providencias judiciales invocadas por la demandante pueden considerarse como referente normativo para la alegada nulidad absoluta, ha de señalarse, en primer término, que el célebre *precedente jurisprudencial* ha sido objeto de múltiples sentencias proferidas por las altas Cortes. Su complejidad y sustento constitucional y legal en el ordenamiento jurídico colombiano, desborda la competencia del Tribunal arbitral. Por consiguiente, el análisis se circunscribirá a determinar si resulta o no procedente decretar una nulidad absoluta de cláusulas contractuales con fundamento en lo dispuesto en las providencias judiciales calificadas por OPAÍN como *precedentes obligatorios*.

Antes que nada, es importante precisar que “El término ‘precedente’ tiene, entre otros, los siguientes significados, no necesariamente excluyentes: 1) decisión previa a otra, 2) decisión de especial importancia, 3) decisión que debe ser tomada en cuenta, 4) decisión que es tomada en cuenta, 5) decisión adoptada en forma constante, 6) decisión adoptada por diversos tribunales”⁴⁰.

³⁸ Piazzon, Thomas. La sécurité juridique. Ed. Defrénois/Lextenso, Paris, 2009, p. 6.

³⁹ C.Const. C-377 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Véase también: C.Const. C-329 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁰ Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo. La odisea constitucional. Constitución, teoría y método. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 191.

Sin embargo, la pretensión encaminada a que se declare una nulidad parcial por objeto ilícito con fundamento en providencias judiciales presupone que estos fallos sean considerados como *ley en sentido material*.

Ahora bien, una sentencia judicial consagra una *norma individual* que se fundamenta en una *disposición general*. En este orden de ideas, la sentencia consta, necesariamente, de una *parte motiva*, en la cual el juez describe los hechos y los analiza respecto del supuesto de hecho de una norma general, y de una *parte resolutive* cuya prescripción individual debe corresponder a la de una norma general y que, en principio, obliga sólo a las partes procesales⁴¹.

Para que una sentencia judicial pueda ser fundamento de una nulidad de un contrato celebrado entre sujetos distintos de las partes en cuyo proceso se profirió debe considerarse que aquélla está provista de *obligatoriedad general* (como la *ley*)⁴² y, por consiguiente, los jueces tienen que utilizarla para fundamentar sus decisiones⁴³.

OPAÍN presenta al Tribunal múltiples sentencias⁴⁴ de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y algunos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación con fechas anteriores a la suscripción de los Contratos y que versan sobre temas diversos, a saber: la naturaleza de los bienes públicos, la infraestructura aeronáutica y su régimen tributario⁴⁵, la demanda de restitución, por incumplimiento del arrendatario, de un inmueble arrendado por la AEROCIVIL a un particular⁴⁶ y el régimen jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados por la AEROCIVIL con un particular⁴⁷, entre otros.

Sin embargo, estas distintas sentencias y conceptos mencionadas en los diferentes escritos presentados por las partes ante el Tribunal están muy lejos de corresponder a una *línea*

⁴¹ “Podemos definir normas generales como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las normas individuales como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual”. Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, La función judicial. Ética y democracia, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, p. 25.

⁴² Art. 230 C.P. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Art. 17 C.C. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Art. 25 C.C. La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional, sentencia C- 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Corte Constitucional, sentencia. C-461 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴³ “Una norma es obligatoria si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones). [...] En particular, una norma general es obligatoria, cuando los jueces tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones)”. Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Análisis lógico y derecho. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 364.

⁴⁴ “El hecho es que en los sistemas que se fundan tradicional y típicamente en el precedente, usualmente la decisión que se asume como precedente es una sola: a lo sumo, se citan unas pocas decisiones sucesivas como sostén del precedente. De este modo, es fácil identificar qué decisión de verdad ‘hace precedente’. Por el contrario, en los sistemas –como el nuestro– en los que se habla de jurisprudencia, se hace referencia usualmente a muchas decisiones: tal vez docenas o hasta centenares, aunque no todas estén citadas expresamente”. Taruffo, Michele. Páginas sobre justicia civil. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 559.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de diciembre de 2002. C.P. Susana Montes de Echeverri. Rad. 1469.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de diciembre de 2006. C.P. Alier Hernández Enríquez. Rad. 25096.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de febrero de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 28281.

*jurisprudencial*⁴⁸ que haya decidido de la misma forma casos correspondientes a las mismas hipótesis. Muy por el contrario, se trata de fallos variopintos que, de una u otra forma, hacen referencia a algunos de los temas que la convocante desea resaltar, en apoyo de sus pretensiones, pero que no corresponden a una situación como la que fue puesta en conocimiento del Tribunal ni tampoco presentan una coherencia temática⁴⁹.

Sin embargo, la nulidad alegada por OPAÍN no se fundamenta en estos fallos anteriores, sino en providencias posteriores a la celebración de los Contratos. Por tal razón la califica de “sobreviniente” y en el memorial del 3 de julio de 2018⁵⁰ insiste: *“Es preciso reiterar que la novedad de las sentencias que sustentan la presente demanda, son los fundamentos que expresamente adicionó el **CONSEJO DE ESTADO** respecto de los bienes fiscales, en la sentencia proferida el 29 de octubre de 2014 (Radicación 29851), en virtud de los cuales declaró improcedente el nacimiento de derecho de renovación del contrato de arrendamiento sobre dicho tipo de bienes, o en general la aplicación de instituciones que tengan por efecto la permanencia indefinida de particulares con respecto a dicho tipo de bienes, con base en razonamientos similares a los que venía decantando en casos de contratos de arrendamiento estatales, sentencia que es la más relevante para el caso, y que fue proferida luego de firmados los contratos objeto de ésta Litis”*.

Así las cosas, el Tribunal debe analizar si resulta procedente la nulidad demandada, a la luz de las providencias traídas a colación por la convocante. Para tal efecto, es necesario establecer, primero, si éstas corresponden al denominado “precedente obligatorio”, para luego determinar si se pueden considerar *ley* (en sentido material) aplicable a los Contratos.

El *carácter obligatorio general* de ciertos fallos judiciales ha sido objeto de profundos y completos estudios⁵¹. El Tribunal limitará, entonces, su análisis a las particularidades del caso concreto.

Ahora bien, como se indicó, las sentencias judiciales constan de una parte motiva y una resolutive y suelen ser textos, más o menos, extensos. En principio, la parte resolutive es obligatoria para las partes en el proceso (*obligatoriedad individual*), pero, ¿qué parte del fallo podría llegar a tener una *obligatoriedad general*?

⁴⁸ “En este modelo se supone que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan para poder resolver los casos (y que no se han incorporado al Derecho objetivo por otra vía, como pueda ser, por ejemplo, la legislación) se produce no por el hecho de que un tribunal haya tomado una decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión ‘línea jurisprudencial’ en lugar de la de ‘precedente’. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. La jurisprudencia obligatoria se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, los situados en la cúspide judicial. A estos tribunales se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia en los casos individuales, sino además para unificar la ‘doctrina jurisprudencial’”. Aguiló Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico). Ed. Ariel, Barcelona, 2012, pp. 145-146.

⁴⁹ “Por lo que aquí nos interesa, ello lleva a que el uso de la jurisprudencia sea a menudo una empresa complicada, difícil y arriesgada. De un lado, en realidad, no se sabe casi nunca si de verdad se ha llegado a conocer toda la jurisprudencia (lo que suele ser imposible), o al menos toda la jurisprudencia relevante sobre una cuestión determinada. De otro lado, con frecuencia se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria: se tratará, entonces, de establecer si hay o no hay jurisprudencia conforme, si hay una jurisprudencia prevaleciente, si la jurisprudencia es incierta, o incluso si hay una situación de caos jurisprudencial”. Taruffo, Michele. Páginas sobre justicia civil, p. 561.

⁵⁰ Escrito con el cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito alegadas por CEA, folios 172 a 240 del Cuaderno Principal número 1.

⁵¹ Véase: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El ‘precedente’ en el derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho? La perspectiva del derecho civil”. In García López, Luisa Fernanda. Justicia y democracia. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, pp. 49-75., Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Ed. Legis/Universidad del Rosario, Bogotá, 2014., Iregui Parra, Paola Marcela. Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2016., y Hoyos Duque, Ricardo. El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho? <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>

La Corte Constitucional ha sostenido que, de una sentencia, sólo podría llegar a ser obligatoria la parte denominada *ratio decidendi*⁵²: “la *ratio decidendi* i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”⁵³.

Y todos aquellos argumentos de la parte motiva de la decisión que no constituyen la *ratio decidendi*, son considerados *obiter dictum*: “La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”⁵⁴.

Vemos, entonces, cómo la Corte Constitucional sólo considera como “precedentes obligatorios” *ciertas reglas generales* incluidas en la *parte motiva de algunos fallos*, siempre y cuando *aquellas normas hayan sido aplicadas para resolver el caso concreto y sólo podrían aplicarse a otros casos asimilables*⁵⁵.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por su parte, en lo que respecta a la aplicación uniforme de las normas y la extensión de la jurisprudencia (arts. 10, 102, 270 CPACA), limita esta institución a las *sentencias de unificación jurisprudencial*, es decir, aquellas “...que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia...” y sólo para “...a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos...”.

Dentro de esta óptica, le corresponde al Tribunal analizar los fallos posteriores a los Contratos, invocados como fundamento de la nulidad absoluta parcial sobrevenida.

En primer lugar, hay que precisar que ninguna de las decisiones citadas es una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional, ni de tutela, ni de unificación. Son fallos del Consejo de Estado que no unifican jurisprudencia, ni tampoco, en ningún aparte, indican que las disposiciones concernientes a los locales comerciales de los aeropuertos públicos tengan carácter obligatorio general.

⁵² “De todas formas, se consideran *ratio decidendi* cosas diferentes en los diferentes ordenamientos, o incluso en el mismo ordenamiento: a veces se trata del criterio jurídico para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre los mismos, con una acentuación en la referencia a los hechos; otras veces se entiende, en cambio, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con énfasis en la referencia a la norma y no al hecho; otras veces se entiende el argumento jurídico empleado para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos, o la decisión relativa a la elección de la *regula iuris*, o ambas”. Taruffo, Michele. Op. cit., p. 547.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández., Corte Constitucional, sentencia T-186 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁵ “En primer lugar, la regla del precedente vinculante exige que el juez compruebe la semejanza entre dos casos. Sin embargo, ningún caso es intrínsecamente ‘análogo’ a (o distinto de) otro caso. La similitud entre dos casos depende de los aspectos ‘relevantes’ de uno y de otro. Pero establecer cuáles aspectos son relevantes (y cuáles irrelevantes) no es una cuestión de hecho: es materia de valoración y decisión. La regla del precedente vinculante no especifica en modo alguno qué criterios deba usar un juez para decidir si el caso que se ha sometido a su examen es, o no es, análogo a un caso precedente. [...] En segundo lugar, la regla del precedente vinculante exige la interpretación de los ‘precedentes’, es decir, de las sentencias pronunciadas por otros jueces en ocasiones anteriores para decidir casos (se supone) análogos. Interpretar una sentencia consiste en analizarla para extraer de ella la subyacente *ratio decidendi*, es decir, para identificar y eventualmente formular la norma general de la cual (se supone) se ha inferido la decisión”. Guastini, Riccardo. Interpretar y argumentar. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 258-259.

En cuanto a la decisión de 29 de octubre de 2014⁵⁶, es importante reiterar que ésta resolvió una controversia respecto de un contrato de arrendamiento celebrado entre un particular y una entidad pública (art. 2, L. 80/1993) y no, como en el objeto de este proceso, entre dos particulares, dentro del marco de un contrato de concesión y con cláusulas contractuales expresas sobre prórrogas automáticas. La misma precisión puede hacerse en lo concerniente a los fallos de 30 de octubre de 2013⁵⁷ y 29 de mayo de 2013⁵⁸.

La providencia de 14 de septiembre de 2016 declaró infundado un recurso de anulación contra un laudo arbitral que había resuelto ciertas desavenencias entre OPAÍN y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Una providencia que resuelve esta clase de recursos extraordinarios se limita a verificar si el laudo en cuestión incurrió o no en algunos de los errores de forma enunciados taxativamente en la ley (arts. 40, 41, L. 1563/2012). Además, el laudo objeto del recurso versaba sobre el contrato de concesión⁵⁹, entre una entidad pública y un concesionario privado, y resolvía, principalmente, controversias sobre supuestos incumplimientos de obligaciones de aquel contrato y sobre la imposición de multas.

Así las cosas, ninguna de estas providencias cumple con las dos condiciones necesarias para que se pudieran llegar a considerar precedente obligatorio aplicable al caso puesto en conocimiento del Tribunal: o bien lo dispuesto respecto de la prórroga automática era un simple *obiter dicta* o bien resolvía *situaciones que no tenían los mismos supuestos fácticos y jurídicos*.

En los términos del mismo Consejo de Estado:

“4.24.- Siendo cierto lo dicho hasta ahora, se sigue que no hay lugar a reconocer la condición de *ratio decidendi* a aquellas proposiciones que fueron planteadas por el juez bajo escenarios hipotéticos, especulativos o que no fueron acreditados en el juicio o también respecto de aquellas disquisiciones generales que no se vieron concretadas para la resolución del caso, pues, una vez más, lo relevante del concepto que se está abordando es su capacidad o aptitud para reflejar una adecuada simbiosis entre *factum* e *iure* de un modo necesario, concreto y específico.

4.25.- Esto último abre paso a la noción antagónica a la *ratio decidendi*, los llamados *obiter dicta* o dichos de paso, que refieren a pasajes o argumentos de una providencia que carecen de esa conexión directa con el sentido del fallo; bien pueden ser erudiciones o expresiones teóricas que tienen vinculación mediata, lejana o cuanto menos accidental con lo resuelto, de manera que su presencia o ausencia en el proveído deviene en irrelevante para la justificación o comprensión del caso. De estos pasajes sí puede predicarse una fuerza apenas persuasiva”⁶⁰.

Independientemente de la naturaleza jurídica de los bienes objeto del arrendamiento –la cual el Tribunal analiza también en este laudo–⁶¹, el interés general y los principios de igualdad y

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de octubre de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 29851.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de octubre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 32815.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de mayo de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 27875.

⁵⁹ Tribunal Arbitral (CCB-CAC), 24 de agosto de 2015. Árb. Martha Cediél de Peña, William Barrera Muñoz, Alejandro Venegas Franco.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 25 de abril de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 58890.

⁶¹ “[A]ctualmente no es tan importante definir si un bien determinado es de uso público o fiscal, puesto que lo relevante será la identificación de la existencia de un régimen particular -constitucional y legal- o establecer si el servicio en cuestión

transparencia de la contratación estatal se encuentran garantizados, mediante un *régimen de protección especial*, tanto por las disposiciones correspondientes del contrato de concesión (cláusulas 20.1, 41.4), como por las cláusulas especiales del contrato de arrendamiento (cláusulas 2.01.2, 8.01.8, 9.02.3, 10.01.5, 10.01.6, 10.02.4, 11.02) que permiten que la explotación de los locales comerciales entregados en arrendamiento no se perpetúe en manos de particulares.

Más todavía, aun si, en gracia de discusión, se aceptara que son *precedente obligatorio* –lo cual no considera este Tribunal–, tampoco resultarían aplicables a los Contratos objeto de este proceso, puesto que fueron celebrados antes de que se profirieran las mencionadas providencias (arts. 18, 38, L. 153/1887)⁶² y éstas, en ninguna parte, disponen que su aplicación sea retroactiva⁶³.

En este mismo orden de ideas se encuentran las recientes decisiones del Consejo de Estado que, a justo título, precisan que los cambios de orientación de la jurisprudencia no pueden afectar las situaciones jurídicas que se presentaron con anterioridad, de lo contrario, se estaría afectando no sólo el principio de la *irretroactividad de la ley*, sino también el de la *confianza legítima*⁶⁴.

Precisamente, el fallo del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2011, traído a colación por la convocante misma, lo expresa con total claridad:

“Muestra el acervo probatorio recaudado y valorado por la Sala que el Director del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil en su calidad de representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional suscribió dos contratos de arrendamiento de bien inmueble (números 6.783 y 7.477) el 19 de junio de 1989 y el 3 de septiembre de 1990, con el representante legal de la sociedad comercial Parquederos Internacionales Parking International Ltda., fechas para las cuales se encontraba vigente el Decreto - Ley 222 de 1983 y por lo tanto, este estatuto les es aplicable a los mismos, pues la ley del contrato es aquella que rige al momento de su celebración, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887”⁶⁵.

Por las razones antes expuestas, el Tribunal, en la parte resolutive del laudo, declarará probada la excepción 1ª denominada “*Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual*” y negará la Segunda Pretensión de la demanda.

3. EFECTOS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES OBJETO DEL PROCESO

tiene un régimen de protección especial”. Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 172.

⁶² La aplicación, en casos como éste, de un precedente obligatorio “[...] entra en conflicto con el valor (generalmente aceptado, aunque raramente positivizado) de la ‘certeza del derecho’, en virtud del cual cada uno debe tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las propias acciones y, por tanto, en última instancia, de prever las decisiones jurisdiccionales. Va de suyo que no sería previsible una decisión jurisdiccional que aplicase una norma no preexistente al juicio, sino creada ex novo por el propio juez. [E]stá además en conflicto con el principio (generalmente positivizado) de irretroactividad de las leyes. La creación jurisprudencial de derecho, de hecho, es necesariamente una especie de legitimación ex post facto: la norma eventualmente creada por el juez va a regular un supuesto de hecho ya sometido a la atención del juez, y por lo tanto se había formado con anterioridad a la formulación de la norma en cuestión”. Guastini, Riccardo. Interpretar y argumentar, p. 154.

⁶³ C.Const. C-377 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil., C.Const. C-329 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁴ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2018. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Rad. 53392., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 25 de abril de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 58890.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de febrero de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 28281.

Ya el Tribunal resolvió la Segunda Pretensión de la demanda y encontró que no se daba la pretendida nulidad absoluta sobreviniente de los apartes de las cláusulas “**3.02 PLAZO**” de los contratos de arrendamiento *sub examine*, por lo que, de conformidad con el orden propuesto, deba ahora definir si la naturaleza de los inmuebles arrendados por un particular concesionario a otro particular, en el marco de un contrato de concesión, permite o no convenir la prórroga automática de los contratos de arrendamiento y, como consecuencia, resolver si los plazos de los arrendamientos se encuentran vencidos, para decidir la pretensión Tercera, literal a).

Se recordará que la disposición contractual referida al plazo de los contratos es del siguiente tenor: “3.02. Plazo:... *El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio, salvo que las Partes de común acuerdo manifiesten su intención de no prorrogarlo lo cual deberá constar por escrito*”.

Como fundamento de hecho de esta pretensión la actora invoca la naturaleza pública – fiscal de los bienes a los que se refieren los contratos de arrendamiento que suscribieron OPAÍN y CEA, naturaleza que ha sido reconocida por la jurisprudencia ya referida⁶⁶ respecto de los locales comerciales ubicados en los aeropuertos de la AEROCIVIL. Todo ello para concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia que ya fue comentada⁶⁷, la mencionada cláusula 3.02 “*se tornó ilegal*” (hechos décimo octavo y décimo noveno); que en los contratos de arrendamiento a los que se refiere la demanda no es viable aplicar la “prórroga automática” ni la “tácita reconducción”, contemplados en el artículo 2014 del Código Civil (hecho vigésimo tercero); y que tampoco es posible aplicar la “prórroga automática” ni el “derecho a la renovación” previstos en el artículo 518 del Código de Comercio (hecho vigésimo cuarto).

Además, la actora pone de presente a este Tribunal Arbitral que la “posición sentada por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la inaplicabilidad de la prórroga automática a los contratos de arrendamiento sobre bienes fiscales... sólo fue conocida con posterioridad a la suscripción de los contratos” (folio 12 del cuaderno principal).

En síntesis, a partir de la línea argumental que define los bienes objeto del presente conflicto como *bienes fiscales*, el demandante, además de solicitar la nulidad del referido aparte de la cláusula 3.02, pretensión que ya fue resuelta negativamente, pide declarar que los contratos de arrendamiento se encuentran terminados por la expiración del plazo pactado ante la imposibilidad de aplicar la tácita reconducción, el derecho a la renovación y la prórroga automática, de conformidad con la ya mencionada pretensión Tercera, literal a), por considerar que, según la jurisprudencia sobreviniente a la suscripción de los mismos, por tratarse de bienes fiscales, a ellos no puede aplicarse el régimen previsto en los artículos 2014 del Código Civil y 518 del Código de Comercio.

Frente a estos planteamientos, la contestación de la demanda reitera, en varios apartes, no solo la inaplicabilidad de la jurisprudencia que invoca la demandante por razones que conciernen a los efectos que el ordenamiento jurídico otorga a las decisiones judiciales, sino por la naturaleza privada de los contratos sometidos al conocimiento de este Tribunal Arbitral; naturaleza que los ubica fuera del régimen jurídico de la contratación estatal, previsto en la Ley 80 de 1993, de manera tal que el régimen aplicable a la relación jurídica entre OPAÍN y CEA debe someterse a las normas del Código de Comercio sin que exista fundamento legal para solicitar la nulidad de los contratos ya mencionados.

⁶⁶ Cita la sentencia de 20 de octubre de 2014 que profirió el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 2500023260002600020010147701 (29851) y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 5 de diciembre de 2002, radicado 1469).

⁶⁷ Trae a colación las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: 30 de noviembre de 2006, radicado 25096; 30 de octubre de 2013, radicado 32815; 29 de mayo de 2013, radicado 27815; 29 de octubre de 2014, radicado 29851), y 14 de septiembre de 2016, radicado 55954. También cita el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento de Opaín contra Aerocivil (Ani), de 24 de agosto de 2015.

En desarrollo de su defensa, CEA hace énfasis en el marco normativo que supone el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá para la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento objeto de análisis. En ese sentido se destacan los siguientes apartes de la contestación de la demanda, que resumen la posición de la parte de manera clara (folio 24 del cuaderno principal) y fueron reiterados en la oportunidad para alegar de conclusión:

Veremos como a través del contrato de concesión se vigila cuidadosamente y se evita que se conceda un derecho de permanencia indefinida en la relación contractual más allá de lo que puede preverse en esta clase de contratos estatales. El contrato de concesión es muy claro en su duración y sus efectos.

Todos estos principios no se deben predicar sobre el contrato de arrendamiento entre OPAÍN y la convocada, ya que estos contratos están supeditados, e su alcance, duración y condiciones, al contrato de concesión como un gran paraguas contractual, debajo del cual se encuentran los contratos de arrendamiento que nos ocupan, a punto tal que la terminación del contrato de concesión, es una causal para dar por terminados los contratos de arrendamiento sobre estos inmuebles, para lo cual me remito a las cláusulas 10.01.5 y 10.02.4 de los contratos de arrendamiento.

Claramente vamos a llegar a concluir en esta excepción, luego de una interpretación armónica entre los contratos de concesión y arrendamiento, que los contratos de arrendamiento entre OPAÍN y la convocada por ser un contrato entre particulares de acuerdo con el contrato mismo y el artículo 520 del Código Comercio (sic) se prorroga automáticamente como cualquier contrato de arrendamiento entre particulares.

Antes de abordar el tema propuesto, conviene poner de presente que la “tácita reconducción”, el “derecho a la renovación” y la “prórroga automática” no son la misma figura con distintos nombres.

El artículo 2014 del Código Civil, citado en la jurisprudencia traída a colación y apenas mencionado en el hecho vigésimo tercero de la demanda, no corresponde a los supuestos de hecho planteados en esta Litis. En efecto, dicha figura está prevista en el artículo 2014 del Código Civil, e implica la realización por ambas partes, o por una sola de ellas con la aquiescencia de la otra, de actos que implican la común intención de renovar el contrato, es decir, de celebrar una nueva convención inmediatamente después de la terminación de la anterior, lo cual se deduce de la continuación de la tenencia por parte del arrendatario y el pago del canon en favor del arrendador, o de los hechos concurrentes de ambas partes⁶⁸. Dicha norma señala que “... si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses... sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera”. Sin embargo, este no fue el evento previsto en la cláusula 3.02 de los contratos ni se ha alegado una situación de hecho de ese talante.

El “derecho a la renovación del contrato de arrendamiento” es una prerrogativa que tiene el empresario que en calidad de arrendatario ha ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio para que se le permita continuar con la tenencia del mismo, sometida a las condiciones que acuerden las partes o, eventualmente, a las que, en caso de desacuerdo, defina un juez. Madriñán De La Torre⁶⁹ lo define como, “el derecho que corresponde al empresario que ha utilizado un inmueble para la explotación de un establecimiento, a seguir

⁶⁸ Véase: Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Ed. Temis, Bogotá, 2008, pp. 241-243

⁶⁹ Madriñán De La Torre, Ramón. *Principios de Derecho Comercial*. Editorial Temis. Sexta edición, Bogotá, 1995, pág. 165.

ocupándolo dentro de ciertas normas y circunstancias, entre ellas las que se convengan al vencimiento de cada periodo pactado, y con vigencia para el siguiente” y advierte que “es una institución de derecho mercantil con finalidades tendientes a la protección indirecta del establecimiento y la conservación y orientación de la clientela”.

En la cláusula 9.03 de los contratos de arrendamiento las partes hicieron total claridad en el sentido de que los mismos no forman parte de un establecimiento de comercio del arrendatario, lo que evidentemente los excluye de la aplicación del artículo 518 del Código de Comercio y de la protección que de él se deriva, particularmente en punto de la cesión del contrato de arrendamiento como consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio prevista en el inciso final del artículo 523⁷⁰. Dicha cláusula señala lo siguiente: **“Establecimiento de Comercio:** Las Partes acuerdan que este Contrato no formará parte integral de ningún establecimiento de comercio y que, por lo tanto, la enajenación que eventualmente se realice sobre el establecimiento de comercio no solo no trasfiere ningún derecho de arrendamiento al adquirente, sino que constituye causal de terminación del Contrato. En todo caso, el ARRENDATARIO no podrá enajenar el eventual establecimiento de comercio que surja en virtud del presente Contrato sin la previa autorización que conste por escrito por parte de OPAÍN”.

De manera que “el derecho a la renovación de los contratos de arrendamiento” sobre inmuebles asociados a establecimientos de comercio fue específicamente excluido por las partes. Con todo, independientemente de la legalidad de tal estipulación, ha de poner de presente el Tribunal que ese aspecto no hace parte de esta Litis ni fue sometido a su consideración y decisión, en la medida en que ni OPAÍN está solicitando que el Tribunal declare que CEA no tiene derecho a la renovación, v. gr., porque incumplió sus obligaciones legales, en los términos del ordinal 1º del artículo 518 del Código de Comercio, ni la última ha formulado excepción ni demanda de reconvención en que reclame la protección aludida como empresario con determinada permanencia en la tenencia de un local.

Sin embargo, puede resultar contradictorio que la cláusula 3.02, que es materia de discusión las partes, haga una remisión al artículo 520 del Código de Comercio en los siguientes términos: “El Contrato se prorrogará automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, en especial el artículo 520 del Código de Comercio, salvo que las Partes de común acuerdo manifiesten su intención de no prorrogarlo lo cual deberá constar por escrito”.

La norma a que se refieren las partes remite a los ordinales 2º y 3º del artículo 518 y ambas hacen parte del capítulo I, Título I “Del Establecimiento de Comercio, del Libro Tercero “De los bienes mercantiles” y resulta que, como se puso de presente, una estipulación posterior, la cláusula 9.03 excluye los contratos de esta naturaleza y regulación.

Una interpretación que consulte los criterios legales, particularmente el de *interpretación lógica* prevista en el artículo 1620 del Código Civil y de *interpretación sistemática* contemplado en el artículo 1622 *ibídem*, lleva a entender que, a pesar de la exclusión de los privilegios y protecciones legales otorgados a los establecimientos de comercio, al no considerar que los contratos de arrendamiento hacen parte integral de alguno, debe prevalecer el expreso interés de las partes en el sentido de que los contratos se prorrogarían automáticamente, de acuerdo con las normas aplicables, independientemente de que el artículo 520 del Código de Comercio no fuera una de ellas. A partir de ahí se concluye que al suscribir los contratos de arrendamiento, las partes entendieron que, aunque los contratos de arrendamiento no hicieran parte de un establecimiento de comercio, se prorrogaban automáticamente y así procedieron durante la ejecución contractual, como lo confiesa el apoderado de la demandante al hacer referencia a la decisión de OPAÍN “*de no continuar prorrogando el contrato*”,

⁷⁰ “La cesión del contrato (de arrendamiento) será válida cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio”.

lo que específicamente se refleja en la comunicación del 14 de febrero de 2017 (folio 254 del Cuaderno de Pruebas número 1).

En estas condiciones para el Tribunal es claro que el asunto que debe resolver no está vinculado con la figura de la “tácita reconducción”, contemplada en el artículo 2014 del Código Civil (hecho vigésimo tercero) ni con el “derecho a la renovación” previsto en el artículo 518 del Código de Comercio (hecho vigésimo cuarto).

De manera que, con esta claridad y a partir de los planteamientos de la demanda, lo que el Tribunal debe resolver es si las cláusulas 3.02 de los contratos de arrendamiento, en cuanto a la “prórroga automática” se refieren, se ajustan o no a derecho, habida consideración de la naturaleza jurídica de los bienes objeto de los mismos.

Para este efecto, encuentra necesario este Tribunal de Arbitraje profundizar sobre el impacto que en este proceso pueda derivarse de la calificación que conforme al ordenamiento jurídico deba darse a estos bienes y verificar si es o no aplicable la estipulación contractual sobre la “prórroga automática” en la forma como lo pactaron las partes.

Del clausulado de los contratos enunciados es posible extraer ciertas notas características que serán determinantes de las conclusiones a las que arribe este Tribunal de Arbitraje:

- La tenencia que entrega OPAÍN al arrendatario, se deriva de la que a título de concesión recibió la concesionaria de la AEROCIVIL, de forma que la ANI, en virtud de la subrogación de la relación contractual de la cedente, conserva todos los derechos derivados de la propiedad sobre el inmueble (cláusula 2.01.2).
- El inmueble, forma parte del área “concesionada” a OPAÍN en virtud del contrato de concesión número 6000169 OK celebrado entre esa sociedad y la AEROCIVIL.
- Por formar parte del área “concesionada”, la tenencia que recibe el arrendatario no está fatalmente ligada al inmueble identificado en el contrato, como se desprende de la cláusula 8.01.8. Según esta previsión, el inmueble deberá ser restituido de manera anticipada cuando “sea necesario para la ejecución de las obras de Modernización y Expansión del Aeropuerto, previstas en el Contrato de Concesión”. De la ocurrencia del supuesto de restitución surge la obligación para el arrendatario de aceptar la reubicación que le ofrezca OPAÍN, “en condiciones físicas similares respecto del espacio inicialmente asignado”, todo ello de conformidad con las cláusulas 11.02, 11.02.1 y 11.02.2.
- El arrendatario manifiesta ser consciente del carácter instrumental del inmueble en relación con las obligaciones de la concesionaria – arrendadora, como se desprende de la cláusula 11.02., del siguiente tenor:

Cambio del Inmueble: El ARRENDATARIO declara que conoce las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión y, por lo tanto, se obliga a que el Inmueble se encuentre disponible en caso de requerirse para el cumplimiento de las obligaciones de OPAÍN en virtud de la ejecución del Contrato de Concesión.

- La instrumentalidad de los inmuebles objeto de arrendamiento en relación con el Contrato de Concesión se hace evidente también en la cláusula 10.02.4. que prevé:

En caso de que el Contrato de Concesión se termine y AEROCIVIL decida no solicitar la cesión de la posición contractual que OPAÍN tiene en el presente Contrato, el ARRENDATARIO reconoce y acepta expresamente que la suspensión o terminación

anticipada del Contrato de Concesión por cualquier causa, constituirá justa causa para terminar y/o suspender el Contrato. El ARRENDATARIO, conoce, asume y acepta expresa y totalmente el riesgo que AEROCIVIL ordene a OPAÍN no suscribir el Contrato o no continuar con la ejecución del mismo y por lo tanto libera totalmente a OPAÍN de toda responsabilidad que provenga de tal circunstancia y renuncia a cualquier reclamación por esta causa.

- OPAÍN actúa en los contratos de arrendamiento en su condición de concesionaria de “la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión” del Aeropuerto Internacional El Dorado de la Ciudad de Bogotá, en los términos de la consideración 2.01.2. En ese sentido, de conformidad con la consideración 2.01.4,

De acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, OPAÍN está facultada para explotar comercialmente el Aeropuerto a partir de la celebración de contratos o negocios jurídicos que puedan generar cualquier tipo de contraprestación, incluyendo, entre otros el presente Contrato.

Estas estipulaciones contractuales ponen de presente la vinculación funcional de los contratos de arrendamiento mencionados con el contrato de concesión 6000169 OK, suscrito para la operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, de manera tal que es evidente un verdadero *animus colligandi* entre OPAÍN y CEA que trasciende el elemento objetivo de que los contratos de arrendamiento están funcionalmente condicionados al contrato de concesión. En ese sentido, por la forma como las partes configuraron su relación jurídica resulta claro que ambas conocían la condición de bienes públicos de los espacios dados en arrendamiento y que ambas partes eran conscientes de la afectación de esos derechos a la obtención de recursos para el concesionario dentro del contrato de concesión y del alcance de la prórroga automática de los contratos de arrendamiento que son objeto de esta demanda.

De esta manera, para efectos de la solución de este conflicto, el contrato de concesión se convierte en una pieza esencial de la normativa a la luz de la cual habrá de dilucidarse la contención propuesta⁷¹, que indudablemente concierne a la “entera operación económica”⁷² que supone la concesión del aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá.

Como para el Tribunal Arbitral es clara la condición de bienes públicos⁷³ que ostentan los espacios cuya tenencia se ha entregado a título de arrendamiento dentro de los terminales del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, se impone establecer el régimen jurídico aplicable a esta clase de contratos cuando se suscriben dentro del marco de una concesión, por parte del concesionario–arrendador. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia en que funda sus pretensiones OPAÍN ha sido desarrollada en casos en que los bienes públicos son objeto de contratos de arrendamiento de manera directa por parte de entidades que se someten al régimen general de

⁷¹ Al respecto, se trae a colación el siguiente aparte de El Principio de Cooperación en la Contratación, de Gloria Esteban de la Rosa, en Derecho Contractual Comparado, Una perspectiva Europea y Transnacional, tomo II, Universidad de Granada-Thomson Reuters, 2016, Página 221, donde se lee: “Se considera que tal vinculación ha de ser apreciada por la autoridad judicial caso por caso y, para ello, no debe bastar el vínculo objetivo (necesario), sino que también debe tomarse en cuenta el elemento subjetivo, esto es, el ‘animus colligandi’ [cita de G.LENER y B. MEOLLI]. Ambos constituyen cánones para la interpretación del contrato recogidos en la práctica totalidad de los ordenamientos, sin perjuicio de la preferencia que se dé a uno o a otro en cada caso [cita de M. Serrano Fernández]”.

⁷² Ibidem, página 222.

⁷³ Si bien la expresión bienes fiscales es la que más se aproxima a la propiedad que ejerce la entidad concedente sobre los espacios dados en arrendamiento a CEA, en el sentido de que al tenor del artículo 674 del C.C. “su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes”, el Tribunal prefiere la denominación bienes públicos por considerar que en el escenario complejo de los contratos de concesión de infraestructura esta clasificación se torna obsoleta, en la medida en que todos los bienes afectos a ella, de uso público o fiscales, tienen como finalidad inmediata atender los propósitos de la propia concesión.

contratación de la administración pública, concretamente a la Ley 80 de 1993⁷⁴, al paso que los contratos de arrendamiento objeto de la demanda no son contratos estatales en tanto no fueron celebrados por una entidad estatal⁷⁵.

En efecto, por la naturaleza misma del contrato de concesión, definida en el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los bienes concedidos se someten a un régimen diferente a aquél que les sería aplicable cuando su operación y administración está a cargo de las entidades estatales titulares de derechos de propiedad sobre los mismos; independientemente de que se trate de bienes fiscales o de uso público.

Al ser de la esencia del contrato de concesión que sea el concesionario el que entra a operar, explotar o gestionar total o parcialmente los bienes dados en concesión, el régimen aplicable a los contratos que se celebren por el concesionario para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, así recaigan sobre bienes públicos, deben ajustarse a los parámetros mismos del contrato de concesión. Entonces, la perspectiva de análisis cambia porque los cometidos estatales que normalmente deberían satisfacer los bienes individualmente considerados y administrados por la propia entidad estatal titular del dominio, se materializan, en la concesión, en la consecución de los logros que busca la entidad concedente al integrarlos en la operación económica de la concesión.

Adicionalmente, para efectos de este laudo debe hacerse énfasis en que el ordenamiento jurídico no concibe el contrato de concesión como un mecanismo de sustitución de las entidades estatales por los particulares en cuanto a la titularidad de sus funciones y potestades excepcionales; en otras palabras, la concesión no convierte al concesionario en un particular habilitado para actuar en sustitución de las autoridades administrativas concedentes. De ahí que no sea posible sujetar los contratos que se suscriban en el marco de una concesión a los parámetros de la Ley 80 de 1993. Como tampoco puede pensarse que la existencia de una concesión abra la puerta para la aplicación pura y simple de las reglas del derecho privado a los negocios jurídicos que suscriba el concesionario para el cumplimiento de los deberes a su cargo.

En ese orden de ideas, para determinar el real alcance de los contratos que se celebren para el cumplimiento de los fines de una concesión será necesario analizar el régimen que marca el propio contrato suscrito por la entidad estatal con su concesionario.

Los contratos de arrendamiento que han sido sometidos al conocimiento de este Tribunal de Arbitraje corresponden al concepto de **explotación comercial o explotación del área concesionada** que define la cláusula 1.59 del contrato de concesión, en un área comercial del aeropuerto y se vinculan con la obtención de ingresos no regulados (cláusula 19), según lo previsto en las cláusulas 1.71 y 1.72 del contrato.

Explotación comercial de bienes públicos que se enmarca dentro de los preceptos de la cláusula 2 que define el objeto de la concesión, a cargo del concesionario, como la realización “por su cuenta y riesgo, [de] la **Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada** del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de **Aerocivil**”. Desde el punto de vista de la concedente, la misma cláusula define la concesión en función de la destinación del área concesionada a la “prestación de los **Servicios Asociados a los Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados...**”. Como remuneración del

⁷⁴ Así, se lee en la Sentencia 2001-01477/29851 de 28 de octubre de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera A, con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón, que invoca la demandante: “De conformidad con la jurisprudencia que se ha expuesto en este proveído y que ahora se reitera en los contratos de arrendamiento que se rigen por la Ley 89 de 1993 son inaplicables las disposiciones del derecho civil y comercial que consagran la prórroga tácita y la renovación automática, por ello, la Sala advierte desde ahora que los contratos en el sub-lite no se pueden declarar ni prorrogados ni renovados, al amparo de tales figuras”.

⁷⁵ Cfr. Artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993.

Concesionario, se prevé “aquella que éste perciba como consecuencia de la cesión de los **Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados** prevista de manera expresa en el **Contrato de Concesión** por parte de la **Aerocivil**...”. En cuanto al riesgo, para efectos de este análisis, se transcribe el inciso 8 de la misma cláusula 2, donde se lee:

Las partes reconocen y aceptan que las actividades de **Administración, Modernización, Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial** del Aeropuerto suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente **Contrato**. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte sumirá por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignada a cada una de éstas mediante el Contrato.

En cuanto concierne al ámbito de actuación del concesionario, queda claro de la lectura sistemática del Contrato de Concesión que éste en ningún momento puede asimilarse a un delegatario de potestades o poderes públicos. Ni siquiera cuando se trata de contratos donde ha asumido, vía cesión, la posición de la entidad concedente. Ilustrativa de esta afirmación resulta la cláusula 20.1, inciso segundo, cuando estipula que

... en consecuencia, a partir de esa fecha y hora, el **Concesionario** asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los **Contratos Cedidos** a favor de **Aerocivil**, en tanto dichos derechos y obligaciones no estuviesen directamente asociados al carácter de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como es el caso de las cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas que dejarán de ser aplicables. (Subrayado fuera del original)

Dentro de ese contexto, puede concluirse que la explotación comercial de las áreas comerciales concedidas permite al concesionario la suscripción de contratos en el ejercicio de una autonomía de la voluntad que no puede desbordar ciertos límites que tienen como fin garantizar la titularidad de los derechos del concedente. Igualmente, resulta evidente que el ejercicio de esa autonomía de la voluntad, en cuanto está ligada a la obtención de recursos destinados al propio concesionario, entraña para él riesgos vinculados a la calidad de su propia gestión.

Y uno de los límites que prevé el contrato de concesión a la libre configuración negocial del concesionario, es el que se deriva de la cláusula 41.4 que bajo el título “Cesión de contratos a la terminación del Contrato de Concesión”, estipula:

En los contratos que celebre el **Concesionario** con terceros para la **Administración, Operación o Explotación Comercial del Área Concesionada**, deberá incluirse una estipulación según la cual, la terminación del presente **Contrato de Concesión** por cualquier causa, constituirá causal de terminación del respectivo contrato, sin perjuicio de la facultad de **Aerocivil** de continuar con el contrato respectivo, si así lo decide, asumiendo, por vía de cesión, la posición contractual del **Concesionario**.

Para este efecto, una vez verificada la conveniencia para la entidad, **Aerocivil** manifestará al **Concesionario** dentro de los veinte (20) **Días Calendario** siguientes a la fecha de entrega del inventario de contratos a que se refiere el numeral 72.1.3 de la CLAUSULA 72 de este **Contrato de Concesión**, su intención de continuar como parte en tales contratos o no.

(....).

Es responsabilidad del **Concesionario** utilizar los instrumentos legales y contractuales permitidos por la ley colombiana para la celebración de contratos con terceros para la **Operación del Área Concesionada**, de tal manera que el **Concesionario** esté en posibilidad

legal de honrar las obligaciones aquí establecidas, particularmente la de permitir, por decisión unilateral de **Aerocivil**, la terminación de aquellos contratos celebrados con terceros como consecuencia de la terminación del **Contrato de Concesión**.

Si el **Concesionario** no utiliza tales instrumentos legales y contractuales en los contratos celebrados por el **Concesionario**, o incluye estipulaciones que resulten ineficaces o no idóneas para estos efectos, se entenderá que el **Concesionario** ha incumplido las obligaciones previstas en esta cláusula y el **Concesionario** será responsable ante **Aerocivil** por cualquier costo adicional, indemnización, conciliación, transacción o condena a que hubiera lugar, en caso que **Aerocivil** decida no continuar con el contrato celebrado por el **Concesionario**.

A partir de las limitaciones que desde el punto de vista temporal impone la cláusula trascrita, resulta evidente que los bienes públicos afectos a la concesión del Aeropuerto Internacional El Dorado, a pesar de no estar sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993, no están tampoco integralmente sometidos a las normas del Código de Comercio, en la medida en que estas disposiciones resulten contrarias a los fines perseguidos con el contrato de concesión, explícitamente plasmados en el propio texto contractual.

De otra parte, la interpretación sistemática de los contratos de arrendamiento en el marco del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá lleva a concluir que no existe violación de las limitantes que se desprenden de la jurisprudencia citada por OPAÍN en su demanda, para la renovación del plazo contractual. El clausulado atrás citado muestra que las partes fueron conscientes y aceptaron que las vicisitudes que afecten la ejecución y vigencia del contrato de concesión se reflejarán en la ejecución y vigencia de los contratos de arrendamiento y que, una vez terminada la relación de OPAÍN con la concedente, el arrendatario dejará de tener tal condición y los bienes volverán a manos de la entidad pública.

En otras palabras, habrá de concluirse que las prórrogas pactadas obedecen al ámbito de negociación de las partes en el contrato de arrendamiento y no son contrarias a los fines de la contratación estatal, en la medida en que, vistas a la luz de una interpretación sistemática del contrato, evitan el riesgo de que un particular “pueda hacerse con el[lo]s o impedir su uso”⁷⁶, que es lo que, en últimas, busca garantizar la jurisprudencia colombiana cuando ha negado la prórroga automática de los contratos de arrendamiento sobre bienes fiscales, a la luz de la ley 80 de 1993.

En ese mismo sentido las cláusulas analizadas, que permiten la prórroga de los contratos de arrendamiento tampoco contrarían, ni pueden contrariar, los principios y fines de la contratación estatal, porque no hacen parte de un contrato estatal ni pueden subsistir más allá de la vigencia del contrato de concesión. Una conclusión contraria implicaría sostener que el contrato de concesión mismo no podría existir porque, dado su tiempo de duración, no permite cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía y deber de planeación, en el ejercicio de la función administrativa, dado que, mientras esté vigente, impide a otro particular pujar por la explotación de los bienes y servicios concesionados.

De conformidad con lo expuesto el Tribunal habrá de declarar la prosperidad de la excepción 4ª denominada *“El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, de gestión de los bienes del estado y del servicio público se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre*

⁷⁶ Aunque el Derecho alemán difiere del sistema jurídico colombiano en cuanto no reconoce una propiedad pública modificada o una propiedad pública que reconozca la clasificación de bienes públicos y bienes fiscales, si ha elaborado un Derecho de las cosas públicas que <<implica la obligación de la Administración de mantenerlas en buen estado y evitar que un particular pueda hacerse con ellas o impedir su uso>>, como se lee en el DERECHO ALEMÁN DE LAS COSAS PÚBLICAS, de María José Bobes Sánchez, en BIENES PÚBLICOS, URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE, Marcial Pons, 2013, Página 108.

la Aerocivil y OPAÍN y no en el contrato de arrendamiento entre OPAÍN y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión”, y negará la pretensión Tercera, literal a) de la demanda.

4. LOS ALEGADOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES

4.1. EL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR PÓLIZAS

Bajo la pretensión Tercera, letra b), la demandante solicita que el Tribunal declare “que la terminación de los contratos de arrendamiento...” obedece, entre otras dos causales más, que fueron objeto de análisis separado en esta providencia, “al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ARRENDATARIA de constituir pólizas”.

Los hechos en que se sustenta esta específica pretensión se identifican en la letra E del capítulo I de la demanda (hechos décimo quinto y décimo sexto). En el primero de tales hechos afirma OPAÍN que “EL ARRENDATARIO no ha constituido las pólizas a que está obligado, de conformidad con lo dispuesto en las **CLÁUSULA 8 y 9** de los contratos de arrendamiento...”. Y en el segundo señala que “Esto implica que el ARRENDATARIO incurrió en una causal para terminar anticipadamente los contratos de arrendamiento... de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10.01.1 de la **CLÁUSULA 10 ‘CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO Y TERMINACIÓN’** ...”.

CEA se opuso a la prosperidad de la pretensión y propuso la 6ª excepción que denominó “*La convocada ha cumplido con la obligación contractual de constituir las pólizas de seguros de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual tal y como lo ordenan los contratos*”. Sobre los hechos imputados contestó que son absolutamente falsos, que las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual que exigen los contratos fueron debidamente prestadas y que se encuentran vigentes, al punto que su constitución era requisito para la firma del acta de inicio de adecuaciones, la que en efecto tuvo lugar. Agregó que durante el tiempo de vigencia de los contratos OPAÍN no le hizo a CEA ninguna manifestación de incumplimiento a la demandada y que, de ser cierto, habría puesto en marcha el mecanismo para configurar los incumplimientos del contrato establecidos en la cláusula 10.04. A su vez, como pruebas de su defensa aportó copia de las pólizas constituidas en favor de OPAÍN y sus certificados de renovaciones, que fueron entregadas a la demandante.

Con motivo de los alegatos de conclusión la demandante concretó y explicó las inconsistencias que encontró entre los valores asegurados por razón de las renovaciones de las pólizas y los valores por los que debieron expedirse, teniendo en cuenta el incremento del IPC anual, en los términos de los contratos.

La demandada reiteró sus explicaciones, sostuvo que la imputación de incumplimiento plasmada en la demanda fue muy genérica e implica que el Tribunal debe limitarse a determinar si CEA constituyó o no las pólizas. Con todo, sostuvo que la demandada constituyó las pólizas de manera adecuada como puede constatarse con la prueba allegada y que para poder terminar los contratos como consecuencia de un incumplimiento era mandatorio y no solamente facultativo, cumplir primero con el procedimiento previsto en la cláusula 10.04 que comporta una condición suspensiva, de manera que la pretensión no es exigible.

Para resolver, los árbitros encuentran una primera dificultad en el planteamiento de la pretensión. En efecto, como ya se indicó, OPAÍN solicita al Tribunal declarar “que la terminación de los contratos de arrendamiento...” obedece “al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ARRENDATARIA de constituir pólizas”. A primera vista parecería que la aspiración del actor es que el Tribunal convalide una terminación del contrato que se habría producido de hecho, situación que no ha tenido lugar según otros apartes de la demanda, su contestación y la evidencia probatoria. Sin

embargo, bien puede entenderse que la pretensión 3ª de la demanda es complementaria de la pretensión 1ª, en la cual el demandante pide “Se declaren terminados los contratos de arrendamiento...”, lo que, en puridad, habría exigido que una previa petición para que éstos se declararan incumplidos. Con todo, acudiendo a su facultad de interpretación⁷⁷, entiende el Tribunal que, en conjunto, las aspiraciones de OPAÍN están orientadas a que el Tribunal declare terminados tales contratos por el incumplimiento de la obligación contractual de constituir las pólizas previstas⁷⁸.

Superado este primer escollo, plantea la demanda una segunda dificultad que se encuentra esta vez en la causa de la pretensión. Como ya se puso de presente, para su aspiración, orientada a que se declare la terminación de los contratos por incumplimiento del arrendatario, la demandante indicó lo siguiente en el hecho décimo quinto: “EL ARRENDATARIO no han (sic) constituido las pólizas a que está obligado, de conformidad con lo dispuesto en las CLÁUSULA 8 y 9 de los contratos de arrendamiento i) OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013, ii) OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013, y iii) OP-DC-CA-T1-00188-13 del 4 de diciembre de 2013” (Subraya el Tribunal) y a continuación transcribe los apartes pertinentes. Para la demandada la lectura de este hecho, corresponde a la afirmación según la cual el arrendatario no constituyó las pólizas a que estaba obligado, afirmación que por ser indefinida no requiere prueba de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 167 del CGP, lo que trasladaría la carga de la prueba al obligado. Como con la contestación a la demanda CEA aportó las pólizas prestadas juntos con los certificados de renovación, habría desvirtuado la afirmación que es el soporte de la pretensión que se analiza.

El Tribunal descarta esta interpretación porque, desde el punto de vista gramatical, la “coma” colocada en la expresión transcrita conlleva a entender que lo expuesto en el citado hecho décimo quinto implica afirmar que, si bien la arrendataria constituyó las pólizas, no lo hizo “de conformidad con lo dispuesto en las **CLÁUSULA 8 y 9** de los contratos de arrendamiento⁷⁹”.

Con todo, en esta hipótesis, encuentra el Tribunal insuficiencia en la carga argumentativa plasmada en el hecho que se analiza porque no se indica, concreta y específicamente, por qué la demandada no habría constituido las pólizas *en los términos acordados en los contratos*. Si fue por la cuantía de la garantía, si fue por la vigencia del seguro, si acaso lo fue por el objeto asegurado, si ocurrió por la cobertura del amparo, o si la imputación tiene que ver con el tipo de póliza prestada o, en fin, por cualquier otra causa de las especificadas en el texto contractual.

⁷⁷ Cfr. Numeral 5º del artículo 42 del CGP.

⁷⁸ Para referirse a la cesación o finalización de un contrato, el art. 1546 hace referencia a la “resolución”, al paso que el art. 870 del C.Co. emplea los vocablos “resolución” o “terminación”. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la “terminación” se predica de los contratos de tracto sucesivo, término que corresponde a la ‘resiliación’ de la doctrina francesa, al paso que la “resolución” se predica de los contratos de ejecución instantánea. “... si se trata de prestaciones sucesivas, al romperse se advierte que, en razón de los hechos cumplidos y de la no deshacibilidad de ellos, se presenta una consolidación de las situaciones creadas, indestructibles: no es posible la restitución quo ante, por la formación de un estado de facto que impide aquella retroactividad y hace que los efectos de la medida ablativa sólo se den hacia el futuro (ex nunc), amén de que de todos modos las restituciones tendrían que ser mutuas: pensando en los ejemplos del arrendamiento y del contrato de trabajo puede observarse que el goce de la cosa no es retrotraíble, como tampoco lo son la fuerza y energía desplegadas, cuya paga sería definitiva o, en su caso, debe cubrirse. Es esta la figura denominada ‘resiliación’ por la doctrina francesa (‘se resilia hacia el futuro’, en razón de la ‘imposibilidad práctica de restituir las prestaciones’) y que el art. 870 C.Co. llama ‘terminación’, genéricamente ‘disolución’, contrapuesta a la ‘resolución’”. Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pág. 265.

⁷⁹ “El problema del hecho negativo resulta mucho más complejo cuanto más vagas e indeterminadas son sus coordenadas espacio-temporales [...]. En casos de este tipo es muy improbable que funcione la técnica de la coartada, ya que no es fácil imaginar hechos incompatibles con hechos indeterminados en el tiempo y/o en el espacio si no es en forma de aproximación genérica y no rigurosa. Por otra parte, la única posibilidad de probar directamente hechos negativos indeterminados parece ser la de utilizar declaraciones del sujeto al que aquellos son atribuidos (‘nunca he dicho que...’, ‘nunca he hecho...’). No parece, en efecto, que se pueda configurar al respecto una prueba testimonial aceptable (‘Sé que Ticio nunca ha dicho...’, ‘sé que Ticio nunca ha hecho...’) ni mucho menos algún tipo de prueba documental. Por tanto, en muchos casos el hecho negativo indeterminado no puede ser probado ni directa ni indirectamente”. Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 140.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario (...)”⁸⁰

Igualmente ha señalado esa Corporación que, “... la incongruencia es puesta de manifiesto por todo exceso o desviación en la indispensable correspondencia que debe existir entre el fallo y el objeto de la litis, dicho defecto se hace patente siempre que el sentenciador de instancia profiere una resolución resolviendo cuestiones de modo y por fundamentos de hecho del todo extraños a los aducidos oportunamente por los litigantes en aquellos actos llamados a fijar concretamente la materia del debate. Dicho en otras palabras, así como es deber del juez pronunciarse en su sentencia sobre todo lo que se le ha pedido por las partes y solamente sobre ello, sin pecar por defecto y tampoco por exceso, igualmente le está vedado emitir su juicio decisorio apoyándolo en elementos fácticos ajenos al estado del conflicto tal y como este le es sometido a su conocimiento”⁸¹.

Igualmente la Corte ha advertido que como una de las más significativas manifestaciones del principio dispositivo dentro del proceso civil, la demanda “... a la par que pone en movimiento el aparato jurisdiccional, exterioriza, concretándolos, sus pedimentos y fija el ámbito de atribuciones del juzgador, al punto que, conforme al ajejo aforismo ‘sententia debet esse conformis libello’, su decisión debe estar en consonancia con las pretensiones del actor y, desde luego, con los hechos allí alegados por éste.

“Así, pues, la afirmación de los hechos efectuada por el demandante en el libelo incoativo del proceso, a más de definir e individualizar la pretensión, tiene, entre otras, dos consecuencias que en este asunto conviene subrayar: de un lado, contribuye a delimitar las atribuciones del juzgador, de modo que a éste le está vedado rebasar los hitos allí fijados; y, de otro, introduce, salvo, también, las excepciones previstas en la ley (v. gr. el hecho notorio o la negación o la afirmación indefinidas), los datos fácticos afirmados por el actor al tema de la prueba en el litigio, es decir, al conjunto de cuestiones que han de ser demostradas en el proceso”⁸².

Los hechos expuestos en la demanda se refieren a la “constitución de las pólizas”, lo que, a primera vista, parecería que no se extiende a las “renovaciones”, en las cuales, *a posteriori*, advierte el Tribunal, se encuentra verdaderamente el reclamo y, específicamente, en lo que tiene que ver con los incrementos anuales por virtud del índice de precios al consumidor (IPC), como se puso de manifiesto en las alegaciones finales de la demandante. Esta circunstancia sería suficiente para negar las pretensiones a fin de salvar la congruencia del laudo, puesto que una imputación tan general, como afirmar simplemente que “EL ARRENDATARIO no han (sic) constituido las pólizas a que está obligado, de conformidad con lo dispuesto en las **CLÁUSULA 8 y 9** de los contratos de arrendamiento...”, exigía una puntualización sobre los motivos concretos del reproche que permitieran a la demandada desvirtuarlos y aducir las pruebas para demostrar lo que fuera pertinente. Ello no se hizo dentro del libelo introductor del proceso y, aunque comenzaran a visualizarse en la etapa probatoria del proceso –tardío momento para permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa–, la concreción del reclamo solo apareció explícita en la audiencia de alegaciones. Como ya se advirtió, esa puntualización puso de presente que el reproche no estaba propiamente en la constitución de las pólizas sino en las renovaciones.

Esta dificultad no puede deslindarse del hecho de que en la pretensión misma, como ya se señaló, la demandante pide se declare “que la terminación de los contratos de arrendamiento...” obedece “al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ARRENDATARIA de constituir pólizas”, sin

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de noviembre de 1977.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1997, Expediente 4504.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2001, Expediente 5716.

incluir, como lo hace en la causa petendi, la expresión “de conformidad con lo dispuesto en las **CLÁUSULA 8 y 9** de los contratos de arrendamiento...”.

Con todo, puestos todos los elementos probatorios respecto de la constitución de las pólizas y sus renovaciones, el Tribunal hará un examen de lo planteado por la demandante y negado por la demandada, quien, a pesar del reproche por la generalidad de los hechos aducidos, extendió su defensa a todos los aspectos y aportó pruebas para desvirtuarlos.

Las pólizas que se dice en la demanda no habrían sido constituidas de conformidad con los contratos, aparecen definidas en la cláusula 9.02 en los siguientes términos:

“9.02. Póliza:

Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual:

EL ARRENDATARIO se obliga a constituir con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia y que resulte aceptable para OPAIN una Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, con las siguientes características:

Tomador: El ARRENDATARIO

Asegurados: OPAIN S.A., con NIT 900.105.860-4, FIDUCIARIA OPAIN S.A.- FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, con NIT. 830.054.539-0, y el **ARRENDATARIO**.

Beneficiarios: Terceros Afectados

Amparos y Vigencia: La vigencia de este amparo será anual.

Valor asegurado: Esta Póliza tendrá un valor asegurado equivalente a 12 Meses de la Contraprestación. La cobertura contratada será el amparo básico (Predios, Labores y Operaciones) al 100% por evento y en el agregado anual, Gastos médicos al 10% evento y 20% en el agregado anual, contratistas y subcontratistas al 100%, vehículos propios y no propios al 10% evento y 30% vigencia. Patronal al 25% evento y 50% en el agregado anual. Todos los amparos tienen un deducible a cargo del ARRENDATARIO equivalente al 10% del valor de la pérdida, mínimo 5 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

Cumplimiento:

Una póliza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas con ocasión de la suscripción del presente Contrato, incluidas pero sin limitarse a ellas, las obligaciones de pago a su cargo, con las siguientes características:

Tomador y afianzado: El ARRENDATARIO.

Asegurados y beneficiarios: OPAIN S.A., con NIT 900.105.860-4 y/o FIDEICOMISO OPAIN S.A., - FIDUCIARIA BANCOLOMBIA con NIT. 830.054.539-0.

Amparo y Vigencia: La vigencia de este amparo será anual.

CUMPLIMIENTO: Cumplimiento de todas las obligaciones que adquiera el ARRENDATARIO al celebrar el respectivo Contrato, por un monto asegurado equivalente al veinte por ciento (20%) del valor anual del Contrato, el cual resulta de multiplicar la Contraprestación por doce.

La vigencia de este amparo será anual. En todo caso, esta póliza deberá estar vigente durante todo el plazo de ejecución del Contrato más cuatro (4) meses.

9.02.1. *La contratación de la Póliza no exonera al ARRENDATARIO de su obligación de indemnizar a **OPAÍN** por todos los perjuicios derivados del incumplimiento del presente Contrato.*

9.02.2. *El **ARRENDATARIO** deberá reponer la Póliza cuando el valor de la misma se vea afectado por cualquier razón. Dicha reposición deberá hacerse dentro de los 10 días calendario siguientes a la utilización del valor inicial asegurado en virtud de la ocurrencia de un siniestro. En el evento en que se deba hacer efectiva la Póliza, el valor del deducible estará a cargo del **ARRENDATARIO**.*

9.02.3. *La Póliza es accesorio a este Contrato y se constituye sin perjuicio del cumplimiento de todas las obligaciones que emanan del mismo”.*

Por su parte, la cláusula 5.02.1 de los contratos, no invocada en la imputación de incumplimiento, señala que dentro de las obligaciones del arrendatario relativas a la Etapa Previa⁸³, está la de constituir la “Póliza”⁸⁴ y entregarla a OPAÍN dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de suscripción del Contrato”.

Por su parte, la cláusula 5.04, tampoco invocada en la demanda, advierte que, dentro de las Condiciones para la firma del Acta de Inicio de Adecuaciones, se encuentra la relativa a que “La ‘Póliza’ ha sido constituida de manera satisfactoria para OPAÍN”.

A este respecto el Tribunal encuentra que la demandada constituyó las siguientes pólizas expedidas por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza” para dar cumplimiento a sus compromisos:

1. Respecto del contrato de arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0048-13 del 27 de mayo de 2013:
 - 1.1. Póliza de seguro de cumplimiento No. CU065049.
 - 1.2. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. RO024228.
2. Respecto del contrato de arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-0075-13 del 27 de mayo de 2013:
 - 2.1. Póliza de seguro de cumplimiento No. CU065051.
 - 2.2. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. RO024229.
3. Respecto del contrato de arrendamiento No. OP-DC-CA-T1-00188-13 del 4 de diciembre de 2013:
 - 3.1. Póliza de seguro de cumplimiento No. CU066549.
 - 3.2. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. RO028506.

En el expediente aparecen las pólizas mencionadas, cuyos términos se ajustan a las previsiones contractualmente exigidas.

⁸³ Entendida según la cláusula 5.01, según se advierte en la cláusula 1.02 sobre “Definiciones”, como aquella que “se desarrollará desde la fecha de suscripción... hasta la fecha del Acta de Inicio de Adecuaciones”.

⁸⁴ Definida en la cláusula 9.02 antes transcrita, según se advierte en la cláusula 1.02 sobre “Definiciones”.

Adicionalmente, el Tribunal tiene por establecido el cumplimiento de la obligación de constituir los seguros y de entregar las pólizas a OPAÍN a partir de la mencionada cláusula 5.04, en virtud de la cual era condición para la firma del Acta de Inicio de Adecuaciones la constitución y entrega de las pólizas de manera satisfactoria para OPAÍN. Este documento, que corresponde al Anexo No. 1 de los contratos, obra a folios 29 (en el caso del contrato No. OP-DC-CA-T1-0048-13), 66 (en el caso del contrato No. OP-DC-CA-T1-0075-13) y 102 (en el caso del contrato No. OP-DC-CA-T1-00188-13) todos del cuaderno de pruebas No. 1 y aparecen suscritas por las partes. En ellos se consigna que “de acuerdo con la Cláusula 5.04 del Contrato se establecieron las condiciones previas requeridas para la suscripción del Acta de Inicio de Adecuaciones con el fin de dar inicio a la Etapa de Adecuaciones, dado que las partes han cumplido con las condiciones previas para dar paso a esta Etapa del Contrato” (Subraya el Tribunal) y, como consecuencia, OPAÍN autoriza al arrendatario a ingresar a los inmuebles con el fin de que realice las adecuaciones necesarias.

De manera que no le cabe duda al Tribunal que OPAÍN reconoció en dichas actas que las pólizas constituidas en su favor reunían las condiciones previstas en los contratos y por eso autorizó las adecuaciones y la ejecución de los contratos.

Ahora bien, la cláusula 8.01.7 de los contratos establece como una de las obligaciones del arrendatario aplicables a todas las etapas de los mismos, la de “Mantener vigente la ‘Póliza’ a que hace referencia la Cláusula 9.02 del presente Contrato durante todo el Plazo del presente Contrato”, lo que implicaba el reajuste del monto asegurado en función del incremento del canon anual, lo que presentó algunos desfases, que propiamente constituyen el reproche de la demanda.

Si bien los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio colombianos, que consagran los regímenes generales de resolución o terminación de los contratos, no hacen referencia a la gravedad, ésta, además de exigirse en algunos regímenes particulares como el del arrendamiento (art. 1984 C.C.) y el de suministro (art. 973 C.Co.), ha sido entendida por la jurisprudencia como una condición necesaria e implícita para el efecto. Por ello no cualquier incumplimiento da lugar a la terminación de un contrato, sino que solamente un incumplimiento grave puede acarrear semejante consecuencia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”⁸⁵.

“Es decir, es bien sabido que la expresión *incumplimiento* tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del ‘programa obligacional’ previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 11 de 1984.

con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesorio, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento⁸⁶, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*⁸⁷.

Siguiendo a Luis Díez Picazo⁸⁸, Calos A. Gherzi y Cecilia Weingarten señalan que “*Es meritar entonces, la entidad o relevancia del incumplimiento que permita la resolución en cada caso concreto, y a la luz de la interdependencia funcional de las prestaciones*”⁸⁹.

Renato Scognamiglio⁹⁰ por su parte, señala que: “Así, nos parece que no se debe tener en cuenta para la determinación de la entidad el incumplimiento, la apreciación subjetiva que el contratante pueda hacer de su propio interés, pues entonces se tomaría un elemento de juicio vago y equívoco, como es la voluntad presunta del interesado. Con dicho fin se debe considerar, en cambio..., la entidad del incumplimiento, considerado objetivamente, esto es, a la vista de repercusión sobre el equilibrio de las prestaciones. Pero esto no significa que deba procederse a una valoración del incumplimiento en abstracto, desde un punto de vista, como tal, lejano de la realidad; el juicio debe conducirse (y ello resulta inequívocamente de la referencia de la norma al interés del otro contratante) teniendo en cuenta la influencia efectiva del incumplimiento sobre la situación contractual concreta...”. Y agrega, “... se ha afirmado que, delante de una pluralidad de deberes contractuales, ha de considerarse relevante el incumplimiento de uno principal, siempre que no sea de escasa entidad, al paso que está llamado a permanecer irrelevante el incumplimiento de una obligación accesorio, a menos que repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal... La valoración de la gravedad del incumplimiento debe hacerse, además, con relación al momento en que debe cumplirse la obligación (el interés del acreedor en el cumplimiento puede, en efecto, variar por el advenimiento de cualquiera circunstancia). Fuera de ello debe tenerse presente, para decidir sobre la entidad del incumplimiento, la conducta del acreedor, que provocando o tolerando la inobservancia de una cláusula contractual específica, demuestra no tener ya interés en su respeto”.

Y dentro de la valoración de situación contractual concreta a que se refiere el mencionado autor, Gustavo Ordoqui Castilla pone de presente algunas funciones que en ese campo cumple el principio general y superior de la buena fe⁹¹ y señala que, “En el ámbito del incumplimiento contractual la primera situación en la que marca presencia la buena fe es cuando con su vigencia se tiende a evitar

[⁸⁶ El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que “[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra”. En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179. Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999. En el mismo sentido para el derecho español, Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996].

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

⁸⁸ DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, editorial Civitas, 1993.

⁸⁹ GHERSI, Calos A. y Cecilia Weingarten, “La Nulidad, Resolución y Rescisión de los Contratos y sus Efectos”, en Tratado de los Contratos, Parte General, editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires. Argentina. Pág. 322.

⁹⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato, Teoría General del Contrato, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, págs. 266 a 268.

⁹¹ En lo cual sigue a autores como Luis Díez-Picazo, Ferreira Rubio y Jean Fracois Romain.

abusos de situaciones de ‘cumplimientos poco relevantes’ que son usados abusivamente para aprovechar las consecuencias del incumplimiento en materia de daños y perjuicios y sobre todo de cobro de multas. Fundados en la vigencia de la buena fe para que opere el incumplimiento, el no cumplimiento debe ser de entidad grave. Participar en la determinación del posible incumplimiento del contrato es función asignada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país”. Y agrega, “No cualquier no cumplimiento es relevante para determinar el incumplimiento de la prestación sino que se exige entidad o gravedad, de forma que no se puede llevar a la resolución de un contrato por meros desajustes irrelevantes o subsanables que no perjudican al acreedor”⁹².

Este análisis resulta particularmente necesario cuando se trata, como en el asunto *sub júdice*, de cumplimiento inexacto o defectuoso, lo que viene siendo un incumplimiento parcial, el cual también debe revestir cierta gravedad, especialmente si se trata de obligaciones accesorias, “lo que conduce a descartar el incumplimiento ínfimo o accesorio”⁹³.

En la Litis que ahora se desata resulta evidente para el Tribunal que, si bien en el debate probatorio comenzó a insinuarse el tema, fue solo en el curso de la audiencia de alegaciones que el apoderado de la parte demandante concretó el reparo sobre los seguros y al efecto puso de presente que, en las dos últimas vigencias, existía una diferencia entre el monto asegurado y el monto por el cual debieron renovarse las pólizas, teniendo en cuenta el valor original de los cánones de arrendamiento, el impuesto al valor agregado (IVA) y los incrementos anuales a partir del IPC.

En ese sentido pone de presente algunas diferencias entre los montos por los cuales se hicieron las últimas dos renovaciones y los montos por los cuales debían hacerse según la cláusula 9.02, que define sus términos vinculados en cuanto al monto con el canon o contraprestación, en concordancia con la cláusula 3.03.1 que establece su incremento anual en función del IPC acumulado del año inmediatamente anterior.

Sin embargo, el Tribunal encuentra que las diferencias entre los valores por los cuales debieron renovarse las pólizas y los montos efectivamente asegurados oscilan entre un mínimo de 4.7% y no sobrepasan el 18.3% y, en alguno de los casos, el valor asegurado es superior en cerca de un 20% al contractualmente previsto. Advierte el Tribunal que las diferencias para la vigencia actual de los contratos y de los seguros corresponde a los porcentajes más bajos y que los seguros de las vigencias anteriores en términos generales ya no son de interés para el asegurado. Lo anterior se aprecia en el siguiente cuadro:

CONTRATO 0048

POLIZA DE CUMPLIMIENTO

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
54.793.328,44	51.401.544,00	3.391.784,44	6,190141276
62.684.813,04	51.213.907,00	11.470.906,04	18,29933836

POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
273.966.642,20	256.069.536,00	17.897.106,20	6,532585886
313.424.065,19	256.069.536,00	57.354.529,19	18,29933804

CONTRATO 0075

POLIZA DE CUMPLIMIENTO

⁹² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Buena Fe Contractual, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay y Grupo Editorial Ibáñez, segunda edición, Bogotá, 2012, Págs. 233 y 234.

⁹³ BORDA, Alejandro, Contratos, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, segunda edición, Bogotá, 2012, Págs. 192 y 193.

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
26.326.219,82	24.696.590,00	1.629.629,82	6,190139835
30.117.793,79	24.606.437,00	5.511.356,79	18,29933769

POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
131.631.099,08	123.032.184,00	8.598.915,08	6,532586251
150.588.968,96	123.032.184,00	27.556.784,96	18,29933836

CONTRATO 0188

POLIZA DE CUMPLIMIENTO

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
7.369.249,02	8.775.400,80	-1.406.151,78	-19,08134433
8.430.588,36	7.021.471,00	1.409.117,36	16,71434187

POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

VALOR ESPERADO	VALOR ASEGURADO	DIFERENCIA	PORCENTAJE
36.846.245,10	35.107.353,00	1.738.892,10	4,71931969
42.152.941,80	35.107.353,00	7.045.588,80	16,71434661

Esas diferencias, que no se advierten representativas y lo son menos si se tiene en cuenta la poca o ninguna importancia que la arrendadora le otorgó a ellas, como se advirtió en las declaraciones recibidas dentro del proceso.

Así, en el testimonio del director jurídico de OPAÍN se advierte lo siguiente:

“DR. GONZÁLEZ: Vamos a hablar del tema de las pólizas la cláusula 10.4 y siguientes establece una serie de procedimientos en caso de incumplimiento o la imposición de multas, en el presente caso se está alegando el incumplimiento del contrato respecto de la entrega de las pólizas de acuerdo a lo pactado en el contrato, por qué Opaín no realizó ese proceso establecido en esa cláusula contractual?”

“DR. DUARTE: Tiene dos razones de ser, la primera el contrato se encontraba terminado por vencimiento de plazo, la segunda y para ser súper transparente en el maro ce los 600 contratos contenedores de espacios que tenemos desde el área jurídica no habíamos detectado ese incumplimiento, el incumplimiento se detecta de manera posterior en la revisión de toda la documentación en el marco del Tribunal y hemos puesto por parte del doctor Eidelman y el doctor Guillermo la situación de las pólizas”.

Por su parte, la representante legal de OPAÍN señaló en el curso de su interrogatorio lo siguiente:

“DRA. BERNAL: La verdad nosotros entendemos que los contratos no están vigentes y en esa medida no adelantamos los procedimientos, cuando entregamos toda la documentación a nuestros asesores externos para que elaboraran la demanda ellos descubrieron que era una irregularidad adicional al vencimiento del plazo y en esa medida se presentó la demanda, pero antes no conocíamos de esa situación.

DR. AGUILAR: ¿En vigencia de contrato o de los contratos en la posición de Opaín nunca advirtió la circunstancia que ahora alegan... de las pólizas?

“DRA. BERNAL: De acuerdo así es, en vigencia de los contratos no lo advertimos, esta situación de la variación de las pólizas y la irregularidad asociada fue verificada por nuestros asesores al momento de elaborar la demanda”.

Es decir, OPAÍN confiesa que jamás advirtió ningún defecto en las renovaciones de las pólizas al punto de que nunca pusieron en movimiento el mecanismo previsto en la cláusula 10.04 para cuando se configurara un posible incumplimiento, consistente en requerir al arrendatario y permitirle subsanarlo, antes de imponer sanciones o multas o de acudir a la cláusula penal, como también lo declaró.

Para la demandante la posible diferencia entre el valor asegurado y el monto previsto en el contrato para el efecto, incluidos los incrementos, no fue la causa determinante de la acción que ahora ocupa la atención del Tribunal y solo fue un aspecto que apareció en el momento de preparar la demanda, es decir, se trató de un incumplimiento no solo parcial, marginal, sino completamente intrascendente, objetivamente hablando, y también desde la propia órbita subjetiva del acreedor, OPAÍN en este caso.

Por lo anterior el Tribunal encuentra que no le asiste razón a la demandante para pedir que se declare el incumplimiento resolutorio del contrato y por ello declarará probada la excepción 6ª denominada "*La convocada ha cumplido con la obligación contractual de constituir las pólizas de seguros de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual tal y como lo ordenan los contratos*" y negará la pretensión Tercera, letra b) de la demanda.

4.2. OTROS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS DE LA ARRENDATARIA

En la pretensión Tercera, letra c), la demandante solicita que el Tribunal declare "*que la terminación de los contratos de arrendamiento...*" obedece, además de las causales ya estudiadas, "*Al incumplimiento de otras obligaciones contractuales o legales por parte de la ARRENDATARIA COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL que se prueben durante el transcurso del proceso*".

Sin embargo, en esta ocasión la demandante no invocó ningún hecho en concreto para sustentar su pedimento, razón por la cual CEA se opuso a la prosperidad de la pretensión y puso de presente que la arrendataria no ha sido notificada de ningún posible incumplimiento ni OPAÍN puso en funcionamiento el mecanismo previsto en la cláusula 10.04 para resolverlo.

Con motivo de los alegatos de conclusión la demandante no se refirió al asunto y la demandada reiteró lo antes expuesto.

Sobre esta pretensión el Tribunal reitera las consideraciones expuestas en torno al principio de la congruencia, que se recoge en el artículo 281 del CGP a cuyo tenor, "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla..." y "No podrá condenarse al demandado... por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente...". De manera que no habiendo sido puesta de presente ninguna causa, esto es, ningún hecho que contenga una imputación concreta, distinta de las ya analizadas, se impone, sin más la prosperidad de la excepción 7ª denominada "*La sociedad convocada no ha incumplido otras obligaciones contractuales ni legales*" y negar la referida pretensión Tercera, letra c).

5. LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En virtud de lo anteriormente expuesto no ha de prosperar la Primera pretensión de la demanda en la cual OPAÍN solicitaba se declararan terminados los contratos de arrendamiento, en la medida en que todas las consideraciones pertinentes para este pedimento quedaron subsumidas de manera separada en cada causal invocada.

Como consecuencia de la falta de prosperidad de las pretensiones Primera, Segunda y Tercera, no han de prosperar las demás, en tanto son consecuenciales.

CAPÍTULO TERCERO - COSTAS, JURAMENTO ESTIMATORIO Y EXCEDENTE DE LA PARTIDA DE GASTOS

Teniendo en cuenta la no prosperidad de la demanda el Tribunal condena en costas a la parte demandante, quien deberá pagar a CEA la suma de \$42.000.000 como agencias en derecho. No hay lugar a reembolso alguno de la partida de honorarios y gastos por cuanto la demandada no efectuó pago alguno, que se halle probado en el proceso.

Como se puso de presente en su momento, las pretensiones de la demanda no versaban sobre ninguno de los conceptos que el artículo 206 del Código General del Proceso dispone deben estimarse bajo juramento por lo que, por sustracción de materia, sobra cualquier pronunciamiento, si además se tiene en cuenta que aquellas no han de prosperar.

Los excedentes no utilizados de la partida de Gastos, si los hubiera, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a OPAÍN en la oportunidad legal correspondiente.

CAPÍTULO CUARTO - PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. – OPAÍN y COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probadas las excepciones 1ª, denominada “*Los precedentes jurisprudenciales planteados en esta demanda no son aplicables al caso concreto que nos ocupa y por tanto no son fuente de derecho vinculante sino simplemente una fuente auxiliar de interpretación conceptual*”; 4ª denominada “*El deber de planeación, de igualdad, de evitar la permanencia indefinida, de gestión de los bienes del estado y del servicio público se deben predicar del contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y OPAÍN y no en el contrato de arrendamiento entre OPAÍN y la convocada y que nace con ocasión de la ejecución del contrato de concesión*”; 6ª denominada “*La convocada ha cumplido con la obligación contractual de constituir las pólizas de seguros de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual tal y como lo ordenan los contratos*”; y 7ª denominada “*La sociedad convocada no ha incumplido otras obligaciones contractuales ni legales*”.

Segundo. Negar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Condenar a SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. – OPAÍN a pagar a COMERCIALIZADORA ESTEBAN ARÉVALO EMPRESA UNIPERSONAL la suma de \$42.000.000, por concepto de costas, que deberá cancelar dentro del término de cinco (5) días.

Cuarto. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo a cada una de las partes con las constancias de ley.

Quinto. Disponer que por Secretaría se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

ROBERTO AGUILAR DÍAZ
Presidente

ADELAIDA ÁNGEL ZEA
Árbitro

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Árbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria